Bu eserin;

kataloglanması, dijital ortama aktarılması ve

elektronik ortamda kullanıma sunulması
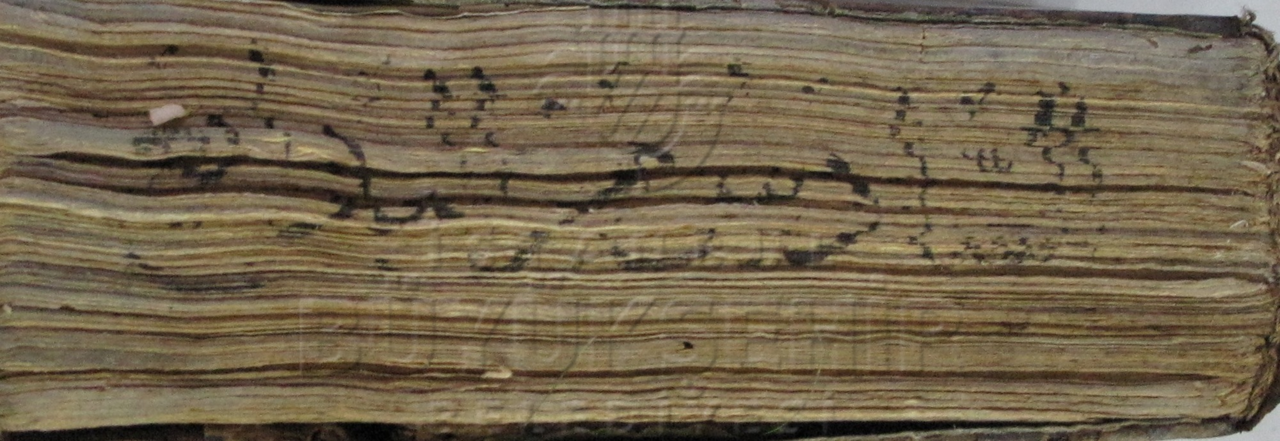
İstanbul Kalkınma Ajansı (İSTKA)'nın desteğiyle

İBB Kültür ve Sosyal İşler Daire Başkanlığı

Kütüphane ve Müzeler Müdürlüğü (Atatürk Kitaplığı)

tarafından gerçekleştirilmiştir.

Proje No	:	İSTKA/2012/BIL/233
Destek Programı	:	Bilgi Odaklı Ekonomik Kalkınma Mali Destek Programı
Projeyi Destekleyen	:	İstanbul Kalkınma Ajansı (İSTKA)
Proje Adı	:	Osmanlı Dönemi Nadir Eserlerin Kataloglanması, Dijital Ortama Aktarılması ve Elektronik Ortamda Kullanıma Sunulması
Proje Sahibi Kuruluş	:	İBB Kültür ve Sosyal İşler Daire Başkanlığı
Proje Yüklenicisi	:	Yordam BT Ltd. Şti.
Proje Uygulama Yeri	:	Kütüphane ve Müzeler Müdürlüğü - Atatürk Kitaplığı İSTANBUL – Beyoğlu





I



ما يصح استثناؤه الكل في العقود
وما لا يصح ٢٧

فهرس الجلد السادس من البدائع

II

اما الامان المؤبد فهو المسمى بعقد الذمة ١٦٢	وجوب الجزية ١٦٣	اما الكنائس والبيع القديمة فلا يتعرض ولا يهدم ١٦٦	فصل واما بيان حكم الغنائم وما يتصل بها ١٦٦	تقسيم الغنيمة ١٦٩
مفاداة الاسير بالمال لا يجوز ١٧٠	واما بيان قسمة الغنائم ١٧١	الملك العام او الحق الذي كان مضمونا بالاتلاف ١٧٢	استصحاب الحال يصلح للترجيح ١٧٣	واما بيان كيفية قسمة الغنائم ١٧٤
فصل واما بيان حكم استيلاء الكفرة على اموال المسلمين ١٧٧	فصل واما بيان الاحكام التي تختلف باختلاف الدارين ١٧٩	فصل واما احكام التي تختلف باختلاف الدارين فانواع ١٨٠	فصل واما بيان احكام المرتدين ١٨٢	فصل حكم ولد المرتد ١٨٧
فصل واما بيان احكام البغاة ١٨٧	كتاب الاستحسان وقد يسمى كتاب الحظر والاباحة ١٩٠	حكم المملوكات حكم المنكوحات ١٩١	المرأة لا تحل لها ان ينظر منها الرجل الاجنبي ما بين السرة ١٩٣ الى الركبة	يكره التصاوير في البيوت ١٩٦
ولا بأس بالتصاوير في البيوت مالا روح وكالاشجار ونحوها ١٩٧	نسخت الاضحية كل دم كان قبلها ١٩٧	العقيقة وتقييد العبد ولا بأس بالحقنة للتداوي ١٩٧	ولا بأس بعيادة اليهودي والنصراني ١٩٧	رجل دعي الى وليمة او طعام وهناك لعب ١٩٨
ويكره احتكار الطعام ١٩٨	شق بطن الميتة لاخراج الولد الحي ١٩٩	واما الذي تثبت حرمة لبسه في حق الرجال دون النساء ٢٠٠	استعمال الذهب والفضة للرجال والنساء ٢٠١	كتاب المفقود الكلام في مواضع ٢١١
فصل واما بيان ما يصنع بمال المفقود ٢٠٣	كتاب اللقيط ٢١٣	فصل واما بيان حال الملتقط فله احوال ثلاثة ٢٠٤	ولاية للقيط للسلطان ٢٠٥	كتاب اللقطة ٢١٥
فصل واما بيان ما يصنع باللقطة ٢٠٧	كتاب الاباق ٢١٧	فصل واما شرائط الاستحقاق فانواع ٢٠٩	كتاب السباق ٢١٩	كتاب الوديعة ٢٢٠
فصل واما بيان حكم العقد فحكمه لزوم الحفظ للمالك ٢٢١	فصل واما بيان حال الوديعة ٢١٤	فصل واما بيان ما يغير حال المعقود عليه فانواع ٢١٥	كتاب العارية ٢٢٣	فصل واما صفة الحكم فنحو ان الملك الثابت للمستعير ملك غير لازم ٢١٩
فصل واما بيان حال المستعار في حال انه امانة في يد المستعير ٢٢٠	كتاب الدعوى ٢٣٠	فصل واما بيان حد المدعي والمدعى عليه ٢٢٣	فصل واما بيان كيفية اليمين ٢٢٦ فصل واما حكم اداء اليمين ٢٢٧	فصل واما حكم الامتناع عن تحصيله فالمدعى عليه اذا نكل عن اليمين ٢٢٨
فصل واما بيان ما تندفع به الخصومة عن المدعى عليه ٢٢٩	فصل واما حكم تعارض الدعوتين ٢٣٠	فصل واما بيان ما يظهر به النسب ٢٤٧	فصل واما صفة النسب الثابت في جانب النساء ٢٤٩	فصل واما حكم تعارض الدعوتين في الملك ٢٥٠

كتاب الاراضي ٢٠٢

كتاب الشرب ٢٠٤

كتاب الاشربة ٢٠٧

فصل واما حكم تعارض الدعوتين في عقد تملك ٢٥٢	فصل واما بيان حكم الملك والحق الثابت في المحل ٢٥٦	تمت فهرس



الجزو الثا[لث]

من بدايع الصنايع

في ترتيب الشرايع

على مذهب الامام

الاعظم ابي حنيفة

النعمان

رحمه الله



افندي

وقف المولى المرحوم ملا حلبي افندي

رحمه الله تعالى

بسم الله الرحمن الرحيم اللهم يسر وتمم

كتاب القرض

الكلام فيه في مواضع في بيان ركن القرض وفي بيان شرايط الركن وفي بيان حكم
القرض اما ركنه فهو الايجاب والقبول فالايجاب قول المقرض اقرضتك
هذا الشي او خذ هذا الشي قرضا ونحو ذلك والقبول هو ان يقول المستقرض
استقرضت او قبلت او رضيت او ما يجري هذا المجرى وهذا قول محمد وهو
احدى الروايتين عن ابي يوسف وروايه اخرى ان الركن فيه هو الايجاب
فاما القبول فليس بركن حتى لو حلف لا يقرض فلانا فاقرضه ولم يقبل
لم يحنث عند محمد وهو احدى الروايتين عن ابي يوسف وفي رواية اخرى
يحنث وجه هذه الرواية ان الاقراض اعارة لما نذكر والقبول ليس بركن
في الاعارة وجه قول محمد ان الواجب في ذمة المستقرض مثل المستقرض
فلهذا اختص جوازه بما له مثل فاشبه البيع فكان القبول ركنا فيه كما في
البيع وروي عن ابي يوسف فيمن حلف لا يستقرض من فلان فاستقرض
منه فلم يقرضه انه يحنث لان شرط الحنث هو الاستقراض وهو طلب
القرض كالاستيام في البيع هو طلب البيع فاذا استقرض فقد طلب
القرض فوجد شرط الحنث فيحنث والله اعلم فصل واما الشرايط
فانواع بعضها يرجع الى المقرض وبعضها يرجع الى المقرض وبعضها يرجع
الى نفس القرض اما الذي يرجع الى المقرض فهو اهليته للتبرع فلا يملكه
من لا يملك التبرع من الاب والوصي والصبي والعبد الماذون والمكاتب
لان القرض للمال تبرع الا ترى انه لا يقابله عوض للحال فكان تبرعا
للحال فلا يجوز الا ممن يجوز منه التبرع وهولا ليسوا من اهل التبرع فلا
يملكون القرض واما الذي يرجع الى المقرض فمنها القبض لان القرض
هو القطع في اللغة سمي هذا العقد قرضا لما فيه من قطع طايفة من
ماله وذلك بالتسليم الى المستقرض فكان ماخذ الاسم دليلا على اعتبار
هذا الشرط ومنها ان يكون مما له مثل كالمكيلات والموزونات
المتقاربة فلا يجوز قرض ما لا مثل له من المذروعات والمعدودات
المتفاوتة لانه لا سبيل الى ايجاب رد العين ولا الى ايجاب رد القيمة لانه
يودي الى المنازعة لاختلاف القيمة باختلاف تقويم المقومين فتعين ان يكون
الواجب فيه رد المثل فيختص جوازه بما له مثل ولا يجوز القرض في الخبز لا وزنا

يقع صح

ورويه عن ابي يوسف صح



والعدديات صح

القيمة صح

ولا عددا عند ابي حنيفة وابي يوسف وقال محمد يجوز عددا وما قاله
هو القياس لتفاوت فاحش بين خبز وخبز لاختلاف العجن والنضج
والخفة والثقل في الوزن والصغر والكبر في العدد ولهذا لم يجز
السلم فيه بالاجماع فالقرض اولى لان السلم اوسع جوازا من القرض
والقرض اضيق منه الا ترى انه يجوز السلم في الثياب ولا يجوز القرض
فيها فلما لم يجز السلم فيه فلان لا يجوز القرض اولى الا ان محمدا رحمه الله
استحسن في جوازه عددا لتعامل الناس فيه هكذا روي عن ابراهيم النخعي رحمه الله انه جوز ذلك
فانه روي انه سيل عن اهل بيت يقرضون الرغيف فياخذون اصغر
او اكبر فقال لا باس به ويجوز القرض في الفلوس لانها من العدديات
المتقاربة كالجوز والبيض ولو استقرض فلوسا فكسدت فعليه
مثلها عند ابي حنيفة رحمه الله وعند ابي يوسف ومحمد عليه قيمتها وجه
قولهما ان الواجب في باب القرض رد مثل المقبوض وقد عجز عن ذلك
لان المقبوض كان ثمنا وقد بطلت ثمنيته بالكساد فعجز عن رد المثل فيلزمه
رد القيمة كما لو استقرض رطبا فانقطع عن ايدي الناس انه يلزمه
قيمته لما قلنا كذا هذا ولابي حنيفة رحمه الله ان رد المثل كان واجبا والفا
بالكساد ليس الا وصف الثمنية وهذا وصف لا تعلق لجواز القرض به الا
ترى انه يجوز استقراضه بعد الكساد ابتدا وان خرج من كونه ثمنا فلان
يجوز بقا القرض فيه اولى لان البقا اسهل وكذلك الجواب في الدراهم التي
يغلب عليها الغش لانها في حكم الفلوس وروي عن ابي يوسف رحمه الله
انه كره استقراض الدراهم المكحلة والمزيفة وكره انفاقها وان كانت
تنفق بين الناس لما في ذلك من ضرر العامة واذا نهي عنها وكسدت
فهي بمنزلة الفلوس اذا كسدت ولو كان له على رجل دراهم جياد فاخذ
منه مزيفة او مكحلة او زيوفا او نبهرجة او ستوقة جاز في الحكم
لانه تجوز بدون حقه وكان كالحط عن حقه الا انه يكره له ان يرضى به
وان ينفقه وان بين وقت الانفاق لانه لا يخلو عن ضرر العامة
بالتلبيس والتدليس وقال ابو يوسف رحمه الله كل شي من ذلك لا يجوز
بين الناس فانه ينبغي ان يقطع ويعاقب صاحبه اذا انفقه وهو يعرفه
وهذا الذي ذكره احتساب حسن في الشريعة ولو استقرض دراهم بخارية
فالتقيا في بلد لا يقدر فيه على البخارية فان كان تنفق في ذلك البلد فصاحب

الناس صح

القياس صح

بيت

فيه صح

الحق بالخيار ان شا انتظر مكان الادا وان شا اجّله قدر المسافة ذاهبا وجايبا واستوثق
منه بكفيل وان شا اخذ القيمة لانها اذا كانت نافقة لم تتغير بقيت في الذمة كما كانت
وكان له الخيار ان شا لم يرض بالتاخير واخذ القيمة لما في التاخير من تاخير حقه وفيه
ضرر به كمن عليه الرطب اذا انقطع عن ايدي الناس انه يتخير صاحبه بين التربص
والانتظار لوقت الادراك وبين اخذ القيمة لما قلنا كذا هذا وان كان لا تنفق في ذلك البلد فعليه
قيمتها والله اعلم واما الذي يرجع الي نفس القرض فهو ان لا يكون فيه جر منفعة فان
كان لم يجز نحو ما اذا اقرضه دراهم غلة علي ان يرد عليه صحاحا او اقرضه وشرط
شرطا له فيه منفعة لما روي عن رسول الله صلى الله عليه وسلم انه نهي عن قرض جر نفعا
ولان الزيادة المشروطة تشبه الربا لانها فضل لا يقابله عوض والتحرز عن حقيقة
الربا وعن شبهة الربا واجب هذا اذا كانت الزيادة مشروطة في القرض فاما اذا
كانت غير مشروطة ولكن المستقرض اعطاه اجود مما اعطاه فلا باس بذلك لان الربا
اسم لزيادة مشروطة في العقد ولم توجد بل هذا من باب حسن القضا وانه امر
مندوب اليه قال النبي صلى الله عليه وسلم خيار الناس احسنهم قضا وقال النبي صلى الله
عليه وسلم عند قضا دين لزمه للوزان زن وارجح وعلي هذا تخرج هذه السفاتج التي
يتعامل بها التجار انها مكروهة لان التاجر ينتفع بها باسقاط خطر الطريق فيشبه
قرضا جر نفعا فان قيل اليس انه روي عن عبد الله بن عباس رضي الله عنهما انه كان
يستقرض بالمدينة علي ان يرد بالكوفة فالجواب ان ذلك محمول علي ان السفتجة
وذلك مما لا باس به علي ما بينا والله اعلم والاجل لا يلزم في القرض سوا كان مشروطا
في العقد او متاخرا عنه بخلاف ساير الديون والفرق من وجهين احدهما ان
القرض تبرع الا تري انه لا يقابله عوض للحال وكذا لا يملكه من لا يملك التبرع فلو لزم
فيه الاجل لم يبق تبرعا فيتغير المشروع بخلاف الديون والثاني ان القرض يسلك
به مسلك العارية والاجل لا يلزم في العواري والدليل انه يسلك به مسلك العارية
انه لا يخلوا اما ان يسلك به مسلك المبادلة لا سبيل الي الاول لانه تمليك العين
بمثله نسية وهذا لا يجوز فتعين ان يكون عارية فجعل في التقدير كان المستقرض
انتفع بالعين مدة ثم رد عين ما قبض وان كان يرد بدله في الحقيقة وجعل رد بدل
العين بمنزلة رد العين بخلاف ساير الديون وقد يلزم الاجل في القرض بحال
بان يوصي بان يقرض من ماله بعد موته فلانا الف درهم الي سنة فانه تنفذ وصيته
ويقرض من ماله كما امر وليس لورثته ان يطالبوه قبل السنة **فصل**
واما حكم القرض فهو ثبوت الملك للمستقرض في المقرض للحال وثبوت مثله في ذمة

المستقرض

فيه

العقد

وهذا انتفاع بالقرض باسقاط خطر الطريق صح

لم تكن مشروطة في القرض مطلقا ثم تكون السفتجة صح

وهي تمليك الشيء بمثله او يسلك به مسلك العارية صح

بدهم

المستقرض للمقرض للحال وهذا جواب ظاهر الرواية وروي عن ابي يوسف في بعض
النوادر ان المستقرض لا يملك القرض بالقبض ما لم يستهلكه حتي لو اقرض
كرا من طعام وقبضه المستقرض ثم انه اشتري الكر الذي عليه وليس عليه
الكر فكان هذا بيع المعدوم فلم يجز كما لو باعه الكر الذي في هذا البيت وليس
في البيت كر وجاز في ظاهر الرواية لانه باع ما في ذمته منه فصار كما اذا
باعه الكر الذي في البيت وفي البيت كر وكذلك لو كان الكر القرض قايما في يد المستقرض
كان المستقرض بالخيار ان شا دفع اليه هذا الكر وان شا دفع اليه كرا اخر
ولو اراد المقرض ان ياخذ هذا الكر من المستقرض واراد المستقرض ان يمنعه
من ذلك ويعطيه كرا اخر مثله له ذلك في ظاهر الرواية وعلي ما روي عن ابي يوسف
في النوادر لا خيار للمستقرض ويجبر علي دفع ذلك الكر اذا طالبه به المقرض
وعلي هذا فروع ذكرت في الجامع الكبير وجه رواية ابي يوسف ان الاقراض
اعارة بدليل انه لا يلزم فيه الاجل ولو كان معاوضة للزم كما في ساير المعاوضات
ولذا لا يملكه الاب والوصي والعبد الماذون والمكاتب وهولا لا يملكون
المعاوضات ولذا اقراض الدراهم والدنانير لا تبطل بالافتراق قبل قبض البدل
ولو كان مبادلة لبطل لانه صرف والصرف يبطل بالافتراق قبل قبض
البدلين وكذا اقراض المكيل لا يبطل بالافتراق ولو كان مبادلة لبطل لان بيع
المكيل بمكيل مثله في الذمة لا يجوز فثبت بهذه الدلايل ان الاقراض اعارة
فيبقي العين علي حكم ملك المقرض وجه ظاهر الرواية ان المستقرض
بنفس القبض يتمكن من التصرف في القرض من غير اذن المقرض بيعا وهبة
وصدقة وساير التصرفات واذا تصرف نفذ تصرفه ولا يتوقف علي اجازة
المقرض وهذه امارات الملك وكذا ماخذ الاسم دليل عليه فان القرض قطع
في اللغة فيدل علي انقطاع ملك المقرض بنفس التسليم واما قوله ان القرض
اعارة والاعارة تمليك المنفعة لا تمليك العين فنعم لكن ما لا يمكن الانتفاع
به مع بقا عينه تقام عينه مقام المنفعة حكما واذا قام عينه مقام
المنفعة صار قبض العين قايما مقام قبض المنفعة والمنفعة في باب الاعارة
تملك بالقبض لانها تبرع بتمليك المنفعة فكذا ما هو ملحق بها وهو العين
والله اعلم بالصواب

كتاب الشفعة

الكلام في هذا الكتاب يقع في مواضع في بيان سبب ثبوت حق الشفعة وفي بيان
شرايط ثبوت حق الشفعة وفي بيان ما يتاكد به حق الشفعة ويستقر وفي

بيان ما يبطل به حق الشفعة بعد ثبوته وفي بيان ما يملك به المشفوع وفي بيان
طريق التملك وبيان كيفيته وفي بيان شرط التملك وفي بيان ما يتملك به
وفي بيان المتملك وفي بيان المتملك منه وفي بيان حكم اختلاف الشفيع والمشتري
وفي بيان الحيلة في ابطال الشفعة وفي بيان انها مكروهة ام لا اما سبب وجوب
الشفعة فالكلام فيه من وجهين احدهما في بيان ما بينا السبب والثاني
في بيان كيفيته اما الاول فسبب وجوب الشفعة احد الاشياء الثلاثة
الشركة في ملك المبيع والخلطة وهي الشركة في حقوق الملك والجوار وان
شئت قلت احد شيئين الشركة والجوار ثم الشركة نوعان شركة في ملك
المبيع وشركة في حقوقه كالشرب والطريق وهذا عند اصحابنا رحمهم الله
وقال الشافعي السبب هو الشركة في ملك المبيع لا غير فلا تجب الشفعة عنده
بالخلطة ولا بالجوار احتج بما روي عن رسول الله صلى الله عليه وسلم انه قال انما
الشفعة فيما لم يقسم فاذا وقعت الحدود وصرفت الطرق فلا شفعة وصدر
الحديث اثبات الشفعة في غير المقسوم ونفيها في المقسوم لان كلمة انما لاثبات
المذكور ونفي ما عداه واخره نفي الشفعة عند وقوع الحدود وصرف
الطرق والحدود بين الجارين واقعة والطرق مصروفة فكانت الشفعة
منفية ولان الاخذ بالشفعة تملك مال المشتري من غير رضاه وعصمة
ملكه وكون التملك اضرارا يمنع من ذلك فكان ينبغي ان لا يثبت حق الاخذ
اصلا الا انا عرفنا ثبوته فيما لا يقسم بالنص غير معقول المعنى فبقي الامر في
المقسوم على الاصل او ثبت معلولا بدفع ضرر خاص وهو ضرر سوء القسمة
لكونه ضررا لازما لا يمكن دفعه الا بالشفعة فاما ضرر الجوار فليس بلازم بل
هو ممكن الدفع بالرفع الى السلطان والمقابلة بنفسه فلا حاجة الى دفعه
بالشفعة ولنا ما روي انه سئل رسول الله عليه السلام عن ارض بيعت وليس
لها شريك ولها جار فقال عليه السلام الجار احق بشفعتها وهذا نص في الباب
وروي عنه صلى الله عليه وسلم انه قال الجار احق بصقبه والصقب الملاصق اي
احق بما يليه وبما يقرب منه وروي الجار احق بشفعته وهذا نص ولان الشفعة
بسبب الشركة انما ثبتت لدفع اذى الدخيل وضرره وذلك متوقع الوجود
عند المجاورة فورود الشرع هناك يكون ورودا هاهنا دلالة وتعليل
النص بضرر القسمة غير سديد لان القسمة ليست بضرر بل هي تكميل
منافع او هي ضرر غير الدفع لان القسمة مشروعة ولهذا لم يجب الشفعة بسبب
الملك صح

حق م

واجب م

الشركة في العروض دفعا لضرر القسمة واما قوله يمكن دفع الضرر بالمقابلة
بنفسه والمرافعة الى السلطان فنقول وقد لا يندفع بذلك ولو اندفع
فالمقابلة والمرافعة في نفسها ضرر وضرر الجار السوء يكثر وجوده في كل
ساعة فيبقى في ضرر دائم واما الحديث فليس في صدره نفي الشفعة عن
المقسوم لان كلمة انما لا تقتضي نفي غير المذكور قال الله تعالى انما انا بشر
مثلكم وهذا لا ينفي ان يكون غيره صلى الله عليه وسلم بشرا مثلهم واخره
حجة عليه لانه علق سقوط الشفعة بشرطين لا ينزل عند وجود
احدهما وعنده تسقط بشرط واحد وهو وقوع الحدود وان لم تصرف
الطرق ثم هو ماول وتاويله فاذا وقعت الحدود فتباينت وصرفت
الطرق فتباعدت فلا شفعة او لا شفعة مع وجود من لم ينفصل حده
وطريقه او فلا شفعة بالقسمة كما لا شفعة بالرد بخيار الرؤية لان في
القسمة معنى المبادلة فكان موضع الاشكال فاخبر انه لا شفعة ليزول
الاشكال والله اعلم واما بيان كيفية السبب فالكلام فيه في موضعين
احدهما يعم حال انفراد الاسباب واجتماعها والثاني يخص حالة الاجتماع
اما الذي يعم الحالين جميعا فهو ان السبب اصل الشركة لا قدرها واصل
الجوار لا قدره حتى لو كان للدار شريك واحد او جار واحد اخذ كل الدار
بالشفعة كثر شركته وجواره او قل وعلى هذا يخرج قول اصحابنا رحمهم الله
في قسمة الشفعة بين الشركاء عند اتحاد السبب وهو الشركة او الجوار
انها تقسم على قدر الرؤوس لا على قدر الشركة وعند الشافعي رحمه الله على
قدر الشركة في ملك المبيع حتى لو كانت الدار بين ثلاثة نفر لاحدهم
نصفها وللاخر ثلثها وللاخر سدسها فباع صاحب النصف نصيبه
كانت الشفعة بين الباقيين نصفين عندنا على عدد الرؤوس
وعنده اثلاثا ثلثاها لصاحب الثلث وثلثه لصاحب السدس على قدر الشركة
وجه قوله ان حق الشفعة من حقوق الملك لانه ثبت لتكميل منافع الملك
فيتقدر بقدر الملك كالثمرة والغلة ولنا ان السبب في موضع الشركة
اصل الشركة وقد استويا فيه فيستويان في الاستحقاق والدليل
على ان السبب اصل الشركة دلالة الاجماع والمعقول اما دلالة الاجماع
فان الشفيع اذا كان واحدا ياخذ كل الدار بالشفعة ولو كان السبب
قدر الشركة لتقدر حق الاخذ بقدرها واما المعقول فلان حق الشفعة

وقوع الحدود وصرف الطرق والمعلق بشرطين م

انما ثبت لدفع اذي الدخيل والضرر لا يندفع الا باخذ كل الدار بالشفعة فدل
ان سبب الاستحقاق في الشركة هو اصل الشركة وقد استويا فيه فبعد ذلك
لا يخلوا اما ان ياخذ احدهما الكل دون صاحبه واما ان ياخذ كل واحد منهما
الكل لا سبيل الي الاول لانه ليس احدهما باولي من صاحبه ولا سبيل الي الثاني
لاستحالة تملك دار واحدة في زمان واحد من اثنين علي الكمال فتنصف
بينهما عملا بكمال السبب بقدر الامكان ومثل هذا جايز فان من هلك عن
ابنين كان ميراثه بينهما نصفين لان بنوة كل واحد منهما سبب لاستحقاق
كل الميراث الا انه لا يمكن اثبات الملك في مال واحد لكل واحد منهما علي
الكمال لتضايق المحل فينصف بينهما فكذا هذا وكذلك اذا كان لدار واحدة
شفيعان جاران جوارهما علي التفاوت بان كان جوار احدهما بخمسة
اسداس الدار وجوار الاخر بسدسها كانت الشفعة بينهما نصفين
لاستوايهما في سبب الاستحقاق وهو اصل الجوار وعلي هذا يخرج ما اذا
كان للدار شفيعان فاسقط احدهما الشفعة ان للاخر ان ياخذ كل الدار
بالشفعة لوجود سبب الاستحقاق في الكل في حق كل واحد منهما وانما
القسمة للتزاحم والتعارض علي ما بينا فاذا اسقط احدهما زال التزاحم
والتعارض فيبقي حق الاخر في الكل فياخذ الكل وكذلك لو كان الشفعا
جماعة فاسقط بعضهم حقه فللباقين ان ياخذوا الكل بالشفعة
لما قلنا ولو كان للدار شفيعان واحدهما غايب فللحاضر ان ياخذ كل الدار
بالشفعة لان سبب ثبوت الحق علي الكمال وجد في حقه وقد تاكد حقه
بالطلب ولم يعرف تاكد حق الغايب بالطلب لانه محتمل يحتمل انه يطلب
ويحتمل انه لا يطلب ويعرض فلم يقع التعارض والتزاحم فلا يمنع الحاضر
من استيفا حقه الثابت المتوكد بحق يحتمل التاكد والعدم بل يقضي له بالكل
عملا بكمال السبب من غير معارض بخلاف ما اذا كان لرجلين علي
رجل الف درهم فهلك الرجل وترك الف درهم واحد صاحبي الدين غايب
انه لا يسلم الي الحاضر الا خمس مايه لان هناك حق كل واحد منهما يساوي حق
الاخر في التاكد فيقسم بينهما علي السوية لوقوع التعارض والتزاحم وكذلك
لو كان للدار شفعا بعضهم غايب وبعضهم حاضر يقضي بالدار بين الحضور
علي عدد روسهم لما قلنا ولو جعل بعضهم نصيبه لبعض لم يصح جعله في غيره
وسقط حق الجاعل وقسمت علي عدد روس من بقي لان حق الشفعة مما لا يحتمل

الدين

حق صح

النقل

النقل لكون الجعل دليل الاعراض وبقي كل الدار بين الباقين فيقتسمونها
علي عدد الروس لما ذكرنا ولو كان احدهم حاضرا فقضي له بكل الدار ثم جا
اخر يقضي له بنصف ما في يد الحاضر فان جا ثالث يقضي له بثلث ما
في يد كل واحد منهما لوقوع التعارض والتزاحم لاستوا الكل في سبب
ثبوت الحق وتاكده فيقسم بينهم علي السوية ولو اخذ الحاضر الكل
ثم قدم الغايب فاراد ان ياخذ النصف فقال له الحاضر انا اسلم لك الكل
فاما ان تاخذ او تدع فليس له ذلك وللذي قدم ان ياخذ النصف
لان القاضي لما قضي للحاضر بكل الدار تضمن قضاوه بطلان حق
الغايب عن النصف وصار الغايب مقضيا عليه في ضمن القضا للحاضر
بالكل فبعد ذلك وان بطل القضا لكن الحق بعد ما بطل لا يتصور
عوده ولو قضي بالدار للحاضر ثم وجد به عيبا فرده ثم قدم الغايب
فليس له ان ياخذ بالبيع الاول الا نصف الدار سوا كان الرد بالعيب
بقضا او بغير قضا وصار هو مقضيا عليه ضرورة القضا علي المشتري فبطلت
شفعته في هذا النصف فلا يحتمل العود سوا كان الرد بالعيب بقضا او بغير
قضا لانه انما بطل حقه في النصف بالقضا بالشفعة وبالرد بالعيب لا يتبين
ان القضا بالشفعة لم يكن وكذا يستوي فيه الرد قبل القبض وبعده لما قلنا
ولو اراد الغايب ان ياخذ كل الدار بالشفعة ورد الحاضر بالعيب ويدع البيع
الاول ينظر ان كان الرد بغير قضا فله ذلك لان الرد بغير قضا بيع
مطلق وكان بيعا جديدا في حق الشفعة واخذ الكل بالشفعة كما ياخذ
بالبيع المبتدا هكذا ذكر محمد رحمه الله واطلق الجواب ولم يفصل بينما
اذا كان الرد بالعيب قبل القبض او بعده من مشايخنا من قال ما ذكر
من الجواب محمول علي ما بعد القبض لان الرد قبل القبض بغير قضا بيع جديد
وبيع العقار قبل القبض لا يجوز علي اصله وانما يستقيم اطلاق الجواب علي
اصل ابي حنيفة وابي يوسف ومنهم من قال يستقيم علي مذهب الكل لان
رضي الشفيع ها هنا غير معتبر لكونه مجبورا في التملك فكان رضاه ملحقا
بالعدم واذا كان بقضا فليس له ان ياخذ لانه فسخ مطلق ورفع العقد
من الاصل كانه لم يكن والاخذ بالشفعة يختص بالبيع ولو اطلع الحاضر علي
عيب قبل ان يقضي له بالشفعة فسلم الشفعة ثم قدم الغايب فان شا
اخذ الكل وان شا ترك لان القاضي اذا لم يقض بالشفعة للحاضر فلم يبطل

لانه ليس باثبات في المحل فبطل الجعل في حق غيره وسقط حقه صح

القضا

وتستوا كان قبل القبض او بعده لما ذكرنا انه لما قضي القاضي للحاضر بكل الدار بالشفعة فقد ابطل حق الغايب عن النصف صح

حق الغايب بل بقي في كل الدار لوجود سبب استحقاق الكل الا انه لم يظهر
لمزاحمة حق الحاضر في الكل وبالتسليم زالت المزاحمة وظهر حق الغايب في
كل الدار ولو رد الحاضر الدار بالعيب بعد ما قضي له بالشفعة ثم حضر
شفيعان اخذ ثلثي بالشفعة والحكم في الاثنين والثلاث سوا يسقط حق
الغايب بقدر حصة الحاضر لما قلنا وكذا لو كان الشفيع الحاضر اشتري
اشتري الدار من المشتري ثم حضر الغايب فان شا اخذ كل الدار بالبيع الاول
وان شا اخذ كلها بالبيع الثاني اما الاخذ بالبيع الاول فلان حق الحاضر في
الشفعة قد بطل بالشرا من المشتري لكون الشرا منه دليل الاعراض فزالت المزاحمة
الموجبة للقسمة فبقي حق الغايب في كل الدار فياخذ الكل بالبيع الاول ان شا
بخلاف الشفيع اذا اشتري الدار المشفوعة من صاحبها انه لا تبطل شفعته
لان البطلان بالاقدام علي الشرا ولا حق له قبل الشرا لتبطل به واما الاخذ بالبيع
الثاني فلان البيع الثاني وجد ولا حق للحاضر في الشفعة لصيرورته معرضا
بالشرا فيظهر حق الاخر في الكل ولو كان المشتري الاول شفيعا للدار فاشتراها
الشفيع الحاضر منه ثم قدم الغايب فان شا اخذ نصف الدار بالبيع الاول وان
شا اخذ كلها بالبيع الثاني اما اخذ النصف بالبيع الاول فلان المشتري
الاول لم يثبت له حق قبل الشرا حتي يكون بشرايه معرضا عنه فاذا باعه من
الشفيع الحاضر لم يثبت للغايب الا مقدار ما كان يخصه بالمزاحمة مع الاول
وهو النصف واما اخذ الكل بالعقد الثاني فلان السبب عند البيع الاول
اوجب الشفعة للكل في الدار وقد بطل حق الشفيع الحاضر بالشرا لكون
الشرا دليل الاعراض فبقي حق المشتري الاول والغايب في كل الدار فيقسم
بينهما للتزاحم فياخذ الغايب نصف الدار بالبيع الاول ان شا وان شا اخذ الكل بالعقد
الثاني لان السبب عند العقد الثاني اوجب للشفيع حق الشفعة ثم بطل
حق الشفيع الحاضر عن العقد الاول ولم يتعلق باقدامه علي الشرا الثاني
بعقده حق لاعراضه فكان للغايب ان ياخذ كل الدار بالعقد الثاني
ولو كان المشتري الاول اجنبيا اشتراها بالف فباعها من اجنبي بالفين
ثم حضر الشفيع فالشفيع بالخيار ان شا اخذ بالبيع الاول وان شا اخذ
بالبيع الثاني لوجود سبب الاستحقاق وشرطه عند كل واحد من
البيعين فكان له الخيار فان اخذ بالبيع الاول سلم الثمن الي المشتري
الاول والعهدة عليه وينفسخ البيع الثاني ويسترد المشتري الثاني

الثمن

الثمن من الاول وان اخذ بالبيع الثاني تم البيعان جميعا والعهدة علي الثاني
غير انه ان وجد المشتري الثاني والدار في يده فله ان ياخذ بالبيع الثاني
سوا كان المشتري الاول حاضرا او غايبا وان اراد ان ياخذ بالبيع الثاني
سوا كان المشتري الاول حاضرا او غايبا وان اراد ان ياخذ بالبيع الاول
فليس له ذلك حتي يحضر المشتري الاول والثاني هكذا ذكر القاضي
الامام الاسبيجابي في شرحه مختصر الطحاوي ولم يحك خلافا
وذكر الكرخي ان هذا قول ابي حنيفة ومحمد وعند ابي يوسف حضرة
الاول ليست بشرط وللشفيع ان ياخذ من الذي في يده ويدفع اليه
الفا ويقال له اتبع الاول وخذ منه الفا وان كان الثاني اشتراه بالف
ياخذ منه ويدفع اليه الفا وجه قول ابي يوسف ان حق الشفعة حق
متعلق بعين الدار فلا يشترط لاستيفايه حضرة المشتري الاول
وجه قولهما ان الاخذ من غير حضرة المشتري الاول يكون قضا
علي الغايب لان الاخذ بالبيع الاول يوجب انفساخ البيع الاول
علي المشتري الاول علي ما نذكر في موضعه فيكون قضا علي الغايب من
غير ان يكون عنه خصم حاضر وانه لا يجوز وقوله حق الشفعة متعلق
بالعين ممنوع بل لا حق في العين وانما الثابت حق التملك علي المشتري
ولا بد من حضرته ولو كان المشتري باع نصف الدار ولم يبع جميعها
فجا الشفيع فاراد ان ياخذ بالبيع الاول اخذ جميع الدار وبطل البيع
في النصف الثاني من المشتري الثاني لان سبب استحقاق الجميع وشرطه
موجود عند البيع الاول فاذا اخذ الكل بالبيع الاول انفسخ البيع في
النصف الثاني من المشتري لانه تبين انه مقدم علي حق الشفيع
في قدر النصف وان اراد ان ياخذ النصف بالبيع الثاني فله ذلك
لان شرط الاستحقاق وهو البيع وجد في النصف وبطلت شفعته
في النصف الذي في يد المشتري الاول لوجود دليل الاعراض ولو
كان المشتري لم يبع الدار ولكنه وهبها من رجل او تصدق بها علي
رجل وقبض الموهوب له والمتصدق عليه ثم حضر الشفيع والمشتري
والموهوب له حاضر ان اخذها الشفيع بالبيع لا بالهبة لان كون العقد
معاوضة من شرايط الاستحقاق علي ما نذكر ولا بد من حضرة المشتري
حتي لو حضر الشفيع ووجد الموهوب له فلا خصومة معه حتي يجد

المشتري فياخذها بالبيع الاول والثمن للمشتري وتبطل الهبة كذا ذكر القاضي
من غير خلاف واما الكرخي فقد جعله على الخلاف الذي ذكرنا ان الذي في يده الدار
وهو الموهوب له لم يكن خصما كما في البيع ولو وهب المشتري نصف الدار مقسوما
وسلمه الى الموهوب له ثم حضر الشفيع واراد ان ياخذ النصف الباقي
بنصف الثمن ليس له ذلك ولكنه ياخذ جميع الدار بجميع الثمن او يدع لان
في اخذ البعض دون البعض تفريق الصفقة على المشتري واذا اخذ الكل
بطلت الهبة او يدع لان في اخذ البعض وكان الثمن كله للمشتري لا للموهوب له
ولو اشترى دارا بالف ثم باعها بالفين فعلم الشفيع بالبيع الثاني ولم يعلم
بالبيع الاول فاخذها بقضا او بغير قضا ثم علم ان البيع الاول كان بالف
فليس له ان ينقض اخذه لانه لما اخذها بالبيع الثاني فقد ملكها وحق
التملك بالبيع الاول بعد ثبوت الملك له لا يتصور فسقط حقه في الشفعة
في البيع الاول ضرورة ثبوت الملك له والثابت ضرورة يستوي فيه
العلم والجهل فان اشتراها بالف ثم زاده في الثمن الفا فعلم الشفيع بالالفين
ولم يعلم ان الالف زيادة فاخذها بالفين فان اخذها بقضا القاضي
ابطل القاضي الزيادة وقضى له بالالف لان الزيادة غير ثابتة شرعا في
حق الشفيع وكان القضا بالزيادة قضا بما ليس بثابت فيبطلها القاضي
وان اخذها بغير قضا فليس له ان ينقض اخذه لان الاخذ بغير قضا بمنزلة
شرا مبتدا فسقط حقه في الشفعة ولو كان المشتري حين اشتراه بالف
نافضه البيع ثم اشتراه بالفين فاخذ الشفيع بالفين ولم يعلم بالبيع الاول
ثم علم به لم يكن له ان ينقضه سوا كان بقضا او بغير قضا لانه اجتمع البيعان
لا يمكن الاخذ بهما فاذا اخذ باحدهما انتقض الاخر والله اعلم واذا كانت
للدار جاران احدهما غايب والاخر حاضر فخاصم الحاضر الى قاضي يرى
الشفعة فقضى له بجميع الدار لان قضا القاضي الاول صادف محل الاجتهاد
فنفذ وبطل حق الحاضر وبقي حق الغايب في كل الدار لوجود سبب استحقاق
الكل فياخذ الكل بالشفعة ولو كان القاضي الاول قال ابطلت كل الشفعة
التي تتعلق بهذا البيع لم تبطل شفعة الغايب كذا قال محمد رحمه الله وهو
صحيح لان هذا قضا على الغايب وانه لا يجوز والله اعلم واما الذي يخص
حالة الاجتماع فهو ان اسباب استحقاق الشفعة اذا اجتمعت يراعى فيها
الترتيب فيقدم الاقوى فالاقوى فيقدم الشريك على الخليط والخليط على

م عندهما وعند ابي يوسف يبين خصما صح

م الى قاض لا يرى الشفعة بالجوار فابطل شفعته ثم حضر الغائب فخاصمه صح

الجار

الجار لما روي عن النبي صلى الله عليه وسلم انه قال الشريك احق من الخليط والخليط
احق من غيره ولان المؤثر في ثبوت حق الشفعة هو دفع ضرر الدخيل
واذاه وسبب وجود الضرر والاذى هو الاتصال والاتصال على هذه
المراتب فالاتصال بالشركة في عين المبيع اقوى من الاتصال بالخلطة والاتصال
بالخلطة اقوى من الاتصال بالجوار والترجيح بقوة التاثير ترجيح صحيح فان
سلم الشريك وجبت الشفعة للخليط وان اجتمع خليطان يقدم الاخص
على الاعم وان سلم الخليط وجبت للجار لما قلنا وهذا جواب ظاهر الرواية
وروي عن ابي يوسف انه اذا سلم الشريك فلا شفعة لغيره وجه رواية
ابي يوسف ان الحق عند البيع كان للشريك لا لغيره الا ترى ان غيره لا يملك
المطالبة فاذا سلم سقط الحق اصلا والصحيح جواب ظاهر الرواية لان
كل واحد من هذه الاشيا الثلاثة سبب صالح للاستحقاق الا انه ترجح
البعض على البعض لقوة في التاثير على ما بينا فاذا سلم الشريك التحقت شركته
بالعدم وجعلت كانها لم تكن فيراعى الترتيب في الباقي كما لو اجتمع الخلطة
والجوار ابتدا وبيان هذا في مسايل دار بين رجلين في سكة غير نافذة
طريقها من هذه السكة باع احدهما نصيبه فالشفعة لشريكه لان شركته
في عين الدار وشركة اهل السكة في الحقوق فكان الشريك في عين الدار اولى
بالشفعة فان سلم فالشفعة لاهل السكة كلهم يستوي فيها الملاصق وغير
الملاصق فانهم كلهم خلطا في الطريق فان سلموا فالشفعة للجار الملاصق
على ما روي عن ابي يوسف اذا سلم الشريك سقطت الشفعة اصلا ولو
تشعبت من هذه السكة سكة اخرى غير نافذة فبيعت دار فيها فالشفعة
لاهل هذه السكة خاصة لان خلطة اهل السكة اخص من خلطة اهل السكة
العليا ولو بيعت دار في السكة العليا استوى في شفعتها اهل السكة العليا
واهل السكة السفلى لان خلطتهم في السكة العليا سوا فيستوون في
الاستحقاق وقال محمد رحمه الله اهل الدرب يستحقون الشفعة بالطريق
اذا كان ملكا لهم او كان نافذا غير مملوك اما اذا كان ملكا لهم فظاهر لوجود
الخلطة وهي الشركة في الطريق واما اذا كان نافذا غير مملوك فلانهم اخص
به من غيرهم فكان في معنى المملوك وان كانت السكة نافذة فبيعت دار فيها فلا
شفعة الا للجار الملاصق لان الشركة العامة مباحة معنى لما وان كان مملوكا فهو
في حكم غير النافذ والطريق النافذ الذي لا يستحق به الشفعة ما لا يملك اهله

بيعه

قلنا

سبيلا لانه اذا كان كذلك يتعلق به حق جميع المسلمين فكانت شركة عامة
فتشبه الاباحة وعلى هذا تخرج النهر اذا كان صغيرا يستقى منه اراضي معدودة
او كروم معدودة فبيع ارض منها او كرم ان الشركا في النهر كلهم شفعا يستوي
الملازق وغير الملازق لاستوايهم في الخلطة وهي الشركة في الشرب وان
كان النهر كبيرا فالشفعة للجار الملاصق بمنزلة الشوارع واختلف في الحد الفاصل
بين الصغير والكبير قال ابو حنيفة ومحمد رحمهما الله ان كان تجري فيه
السفن فهو كبير وان كان لا تجري فيه فهو صغير وروي عن ابي يوسف انه قال
لا استطيع ان احد هذا بحد هو عندي على ما اري حين يقع ذلك وروي
عن ابي يوسف رواية اخري انه ان كان يستقي منه قراحان او ثلاثة او
بستانان او ثلاثة ففيه الشفعة وما زاد على ذلك فلا كذا ذكر الكرخي الاختلاف
بين اصحابنا والقاضي لم يذكر خلافهم وانما ذكر خلاف المشايخ فيه قال
بعضهم ان كان شركا النهر بحيث يحصون فهو صغير وان كانوا اكثر من مائة فهو
كبير وقال بعضهم هو مفوض الي راي القاضي فان راه صغيرا قضي بالشفعة
لاهله وان راه كبيرا قضي بها للجار الملاصق ولو نزع من هذا النهر نهر اخر فيه
ارضون او بساتين وكروم فبيع ارض او بستان شربه من هذا النهر النازع
فاهل هذا النهر احق بالشفعة من اهل النهر الكبير الا ترى انهم يختصون
بشرب النهر النازع فكان اولي كما في السكة المنشعبة من سكة غير نافذة
ولو بيعت ارض على النهر الكبير كان اهله واهل النهر النازع في الشفعة سوا
لاستوايهم في الشرب قال محمد رحمه الله في قراح واحد في وسطه ساقية
جارية شرب هذا القراح منها من الجانبين فبيع القراح فجا شفيعان
احدهما يلي هذه الناحية من القراح والاخر يلي الجانب الاخر قال هما شفيعان
في القراح وليست الساقية بحايلة لان الساقية من حقوق هذا القراح فلا تعتبر
فاصلا كالحايط الممتد ولو كانت هذه الساقية يجوز القراح ويشرب
منها القراح خارجا من هذا القراح فاصحاب الساقية احق بالشفعة من
الجار لانهم شركاء في الشرب والشريك مقدم على الجار على ما مر والله اعلم
وعلى هذا تخرج ما روي عن ابي يوسف انه قال في دار بين رجلين ولرجل فيها
طريق فباع احدهما نصيبه من الدار ان الشريك احق بالشفعة من صاحب
الطريق لان الشريك في عين العقار احق من الخليط وكذلك اذا كانت الدار
بين رجلين ولاحدهما حايط بارضه في الدار بينه وبين اخر فباع الذي

والقراح المزرعة التي ليس عليها بناء ولا فيها شجر
حو[illegible]

م وان كانوا لا يحصون فهو كبير وقال بعضهم ان كانوا مائة فما دونهم فهو صغير صح

م لان خلطتهم اخص من خلطة اهل النهر الكبير صح

شريك في الحايط نصيبه من الدار والحايط فالشريك في الدار احق بشفعة
الدار والشريك في الحايط اولي بالحايط لان الشريك في الحايط ليس بشريك في
الدار بل هو جار لبقية الدار والشريك مقدم على الجار وكذلك دار بين رجلين
ولاحدهما بير في الدار بينه وبين اخر فباع الذي له شركة في البير نصيبه
فالشريك في الدار احق بشفعة الدار والشريك في البير احق بالبير لما ذكرنا ان الشريك
في البير جار لبقية الدار والشريك مقدم على الجار وكذلك سفل بين رجلين
ولاحدهما علو عليه بينه وبين اخر فباع الذي له نصيب في السفل والعلو
نصيبه فلشريكه في السفل الشفعة في السفل ولشريكه في العلو الشفعة
في العلو ولا شفعة لشريكه في السفل في العلو ولا لشريكه في العلو في السفل
لان شريكه في السفل جار العلو او شريك في حقوق العلو ان كان طريق العلو فيه
وليس بشريك له في العلو والشريك في عين البقعة او فيما هو في معنى البقعة
مقدم على الجار والشريك في الحقوق وشريكه في العلو جار للسفل او شريكه
في الحقوق اذا كان طريق العلو في تلك الدار ولا شركة له في عين البقعة فكان
الشريك في عين البقعة اولي ولو كان لرجل علو على دار وطريقه فيها وبقية
الدار لاخر فباع صاحب العلو العلو بطريقه فالقياس ان لا شفعة لصاحب
السفل في العلو وفي الاستحسان تجب وجه القياس ان من شرايط وجوب
الشفعة ان يكون المبيع عقارا والعلو منقول فلا تجب فيه الشفعة كما لا
تجب في ساير المنقولات وجه الاستحسان ان العلو في معني العقار لان
حق البنا على السفل حق لازم لا يحتمل البطلان فاشبه العقار الذي لا يحتمل
الهلاك فكان ملحقا بالعقار فيعطي حكمه ولو كان طريق هذا العلو في
دار رجل اخر فبيع العلو فصاحب الدار التي فيها الطريق اولي بشفعة
العلو من صاحب الدار التي عليها العلو لان صاحب الدار التي فيها الطريق شريك
في الحقوق وصاحب الدار التي عليها العلو جار والشريك مقدم على الجار فان
سلم صاحب الطريق الشفعة فان لم يكن للعلو جار ملازق اخذ صاحب
الدار التي عليها العلو بالجار لانه جاره وان كان للعلو جار ملازق اخذ
بالشفعة مع صاحب السفل لانهما جاران وان لم يكن جار العلو ملازقا وبين
العلو وبين مسكنه طايفة من الدار فلا شفعة له لانه ليس بجار ولو باع صاحب
السفل السفل كان صاحب العلو شفيعا لانه جاره وليس بشريك وهو

م من الدار والبير صح

الجار

كدارين متجاورتين لاحدهما خشب على حايط الاخر ان صاحب الخشب لا يستحق
الا بالجوار ولا يستحق بالخشب شيا ولو بيعت الدار التي فيها طريق العلو فصاحب
العلو اولى بشفعة الدار من الجار لانه شريك في الحقوق فكان مقدما على
الجار وروي عن ابي يوسف انه قال في بيت عليه غرفتان احداهما فوق
الاخرى ولكل غرفة طريق في دار اخرى وليس بينهم شركة في الطريق
فباع صاحب البيت الاوسط بيته وسلم صاحب الطريق فالشفعة لصاحب
العلو ولصاحب السفل جميعا لاستوائهما في الجوار فان باع صاحب العلو كانت
الشفعة للاوسط دون الاسفل لان الجوار له لا للاسفل وعلى هذا يخرج ما روي
عن ابي يوسف رحمه الله انه قال في دار فيها مسيل ماء لرجل اخر فبيعت الدار كانت
له الشفعة بالجوار لا بالشركة وليس المسيل كالشرب لان صاحب المسيل مختص
بمسيل الماء لا شركة للاخر فيه فصار كحايط لصاحب احدى الدارين في
الاخرى ولو ان حايطا بين داري رجلين والحايط بينهما فصاحب الشرك
في الحايط اولى من الجار بالحايط وبقية الدار باخذها بالجوار مع الجار بينهما هكذا
روى عن ابي يوسف وزفر وروى عن ابي يوسف رواية اخرى ان الشريك
في الحايط اولى بجميع الدار وجه هذه الرواية ان الشريك في الحايط شريك
في بعض المبيع فكان اولى من الجار الذي لا شركة له كالشريك في الشرب والطريق
وجه الرواية الاولى ان الشريك في الحايط شريك لكن في بقعة معينة وهي ما
تحت الحايط لا في بقية الدار بل هو جار في بقية الدار فكان اولى بما هو شريك
فيه وبقية الدار بينه وبين غيره فباع الرجل الدار فطلب الرجل الشفعة
وطلبها الشريك في البيت فصاحب الشركة في البيت اولى بالبيت وبقية الدار
بينهما نصفان قاله الكرخي واصح الروايات عن ابي يوسف ان الشريك في
الحايط اولى ببقية الدار من الجار لما ذكرنا من تحقق الشركة في نفس المبيع والشريك
مقدم على الجار قال وعن محمد رحمه الله مسلة تدل على الشريك في الحايط اولى
فانه قال في حايط بين دارين لكل واحد منهما عليه خشبة ولا يعلم ان الحايط
بينهما الا بالخشبة فبيعت احدى الدارين قال فان اقام الاخر بينة ان الحايط
بينهما فهو احق من الجار لانه شريك وان لم يقم بينة لم اجعله شريكا وقوله
احق من الجار اي احق بالجميع لا بالحايط خاصة هذا هو مقتضى ظاهر هذا
الاطلاق وروى عن ابي يوسف رحمه الله فيمن اشترى حايطا بارضه ثم اشترى
ما بقي من الدار ثم طلب جار الدار الحايط الشفعة فله الشفعة في الحايط ولا

م وبين الجار الآخر لاستوائهما في الجوار وكذلك الدار الرجل فيها بيت بينه

م ان صح

شفعة له فيما بقي من الدار لانه لم يكن جارا لبقية الدار وقت البيع اذ الحايط حايل
بين ملكه وبقية الدار فلا تجب له الشفعة وروي عن ابي يوسف رحمه الله في
نوادره دار بين رجلين لرجل فيها طريق فباع احدهما نصيبه من الدار فشريكه
في الدار احق بالشفعة في الدار ولصاحب الطريق الشفعة في الطريق لان
الطريق اذا كان معينا كان بمنزلة الحايط على ما ذكرنا وهذا على الرواية التي
نقول الشريك في الحايط جار في بقية الدار على ما ذكرنا فيما تقدم والله اعلم

فصل واما شرايط وجوب الشفعة فانواع منها عقد المعاوضة وهو البيع
او ما هو بمعناه المعاوضة فلا تجب الشفعة بما ليس ببيع ولا بمعنى البيع حتى لا
تجب بالهبة والصدقة والميراث والوصية لان الاخذ بالشفعة تملك على
الماخوذ منه بمثل ما ملك هو فاذا انعدم معنى المعاوضة فلو اخذ الشفيع
اما ان ياخذ بالقيمة واما ان ياخذ مجانا بلا عوض لا سبيل الى الاول لان
الماخوذ منه لم يملكه بالقيمة ولا سبيل الى الثاني لان الجبر على التبرع ليس
بمشروع فامتنع الاخذ اصلا وان كانت الهبة بشرط العوض فان تقابضا
وجبت الشفعة لوجود معنى المعاوضة عند التقابض وان قبض احدهما
دون الاخر فلا شفعة عند اصحابنا الثلاثة وعند زفر تجب الشفعة
بنفس العقد وهذا بنا على اصل وهو ان الهبة بشرط العوض عندنا تبرع
تبرع ابتدا معاوضة انتهاء وعنده معاوضة ابتدا وانتهاء ودلايل هذا الاصل
في كتاب الهبة نذكرها هناك ان شا الله تعالى ولو وهب عقارا من غير
شرط العوض ثم ان الموهوب له عوضه عن ذلك دارا فلا شفعة في
الدارين لا في دار الهبة ولا في دار العوض لان اعطا دار العوض هبة مبتداة
الا انها اختصت بالمنع من الرجوع لا ان تكون عوضا حقيقة بدليل انه
لو وهب عشرة دراهم فعوضه بخمسة جاز ولو كان عوضا حقيقة لما جاز
لانه يكون ربا دل ان الثاني ليس بعوض عن الاول حقيقة فلم يكن هذا
معاوضة بل كان هبة مبتداة فلم تجب به الشفعة وتجب الشفعة
في الدار التي هي بدل الصلح سوا كان الصلح عن الدار عن اقرار او عن
انكار او سكوت لوجود معنى المعاوضة اما في الصلح عن اقرار فظاهر
لان المدعي ملك المدعى في حق المدعي والمدعا عليه فكانت الدار التي
هي بدل الصلح عوضا عن ملك ثابت في حقهما جميعا فتحقق معنى المعاوضة
في هذا الصلح واما في الصلح عن انكار فلان عند المدعي انه اخذ الدار عوضا

دره م

او هو البيع م

عن ملكه الثابت فكان الصلح معاوضة في حقه فكان للشفيع فيها حق الشفعة
وكذا في الصلح عن سكوت المدعا عليه لان المدعي ان كان محقا في دعواه كان
بدل الصلح عوضا عن ملكه حقيقة وان كان مبطلا كان عوضا عن ملكه في
زعمه فيتحقق معني المعاوضة في زعمه وكذا تجب الشفعة في الدار المصالح
عنها عن اقرار لوجود معني المعاوضة في هذا الصلح من الجانبين جميعا واما
عن انكار فلا تجب به الشفعة لان في زعم المدعا عليه ان الدار المدعاة
ملكه وانما بذل المال لدفع الخصومة الباطلة فلا يتحقق معني المعاوضة
في حقه فلم يكن للشفيع ان ياخذها منه بالشفعة للحال ولكنه يقوم مقام
المدعي في اقامة الحجة فان اقام البينة علي صاحب اليد ان الدار كانت
للمدعي او حلف المدعا عليه فنكل فله الشفعة لانه تبين ان الصلح وقع
معاوضة حقيقة وان لم تقم له حجة فلا شفعة له وكذا لا تجب الشفعة
في الدار المصالح عنها عن سكوت لان المدعي ان كان محقا في دعواه كان
الصلح معاوضة فتجب الشفعة وان كان مبطلا لم يكن معاوضة في حق
المدعا عليه فلا تجب الشفعة مع الاحتمال لان الحكم كما لا يثبت بدون
شرطه لا يثبت مع وجود الشك في شرطه لان غير الثابت بيقين لا يثبت
بالشك ولو كان بدل الصلح منافع فلا شفعة في الدار المصالح عنها سوا
كان الصلح عن اقرار او انكار لان بدل الصلح ليس بعين مال فلم يكن هذا
الصلح معاوضة عين المال بعين المال وهذا من شرايط ثبوت الشفعة
علي ما نذكر ان شا الله تعالي ولو اصطلحا علي ان ياخذ المدعي الدار ويعطيه
دارا اخري فان كان الصلح عن انكار كان هذا الصلح معاوضة دار بدار
وان كان عن اقرار لا يصح الصلح ولا تجب الشفعة في الدارين جميعا لانهما
جميعا ملك المدعي ولو اشتري دارا فسلم الشفيع الشفعة ثم رد المشتري
الدار بخيار روية او شرط قبل القبض او بعده فاراد الشفيع ان ياخذ
الدار بالشفعة بسبب الرد لم يكن له ذلك لان الرد بخيار الروية والشرط
ليس في معني البيع الا تري انه يرد من غير رضي البايع بل هو فسخ محض في حق
الكل ورفع العقد من الاصل كانه لم يكن فيعود اليه قديم ملكه فلم يتحقق
معني البيع فلا تجب الشفعة وكذا لو رد عليه بعيب قبل القبض او بعده
بقضا القاضي لان الرد بقضا القاضي فسخ مطلق وان كان بغير قضا القاضي
فللشفيع الشفعة لان الرد بغير قضا بيع جديد في حق ثالث والشفيع ثالث

م تجب في كل واحدة من الدارين الشفعة بقيمة الدار الاخرى لان الصلح اذا كان عن انكار صح

وكذلك

ولذلك الاقالة قبل القبض او بعده لانها بيع جديد في حق ثالث والله اعلم ولا تجب
الشفعة في القسمة وان كان فيها معني المعاوضة لانها ليست بمعاوضة محضة
بل فيها معني الافراز والتمييز الا تري انه يجري فيها الجبر فلم تكن معاوضة مطلقة
فلا تجب فيها الشفعة كما اذا صالح من دم عمد علي دار انه لا تجب الشفعة
ومنها معاوضة المال بالمال فلا تجب في معاوضة المال بغير المال فاما
ان ياخذ بما يملك به المشتري ولا سبيل اليه لانه يملك بالقصاص واما ان
ياخذ بقيمة الدار ولا سبيل اليه ايضا لان المشتري لا يتملك به فامتنع
التملك اصلا وعلي هذا يخرج ما اذا صالح من دم عمد علي دار لا تجب الشفعة
لان القصاص ليس بمال فلم يوجد معاوضة المال بالمال وكذا لو صالح من
جناية توجب القصاص فيما دون النفس علي دار لما قلنا ولو صالح من جناية توجب
الارش دون القصاص علي دار تجب فيها الشفعة بالارش لوجود معاوضة المال
بالمال وكذا لو اعتق عبدا علي دار لان العتق ليس بمال فلم توجد معاوضة
المال بالمال ومنها معاوضة عين المال بعين المال فلا تجب في معاوضة
عين المال بما ليس بعين المال لما ذكرنا ان التملك بما تملك به المشتري
غير ممكن والتملك بعين المال ليس تملكا بما تملك به المشتري فامتنع اصلا
وعلي هذا يخرج ما اذا جعل الدار مهرا بان تزوج علي دار او جعلها بدل الخلع
بان خالع امراته علي دار او جعلها اجرة في الاجارات بان استاجر بدار لان
هذا معاوضة المال بالمنفعة لان حكم الاجارة يثبت في المنفعة وكذا حكم النكاح
هو الصحيح علي ما عرف في مسايل النكاح من الخلاف والمنفعة ليست
بمال وهذا عند اصحابنا وعند الشافعي هذا ليس بشرط وتجب الشفعة
في هذه المواضع فياخذها الشفيع بقيمة البضع وهي مهر المثل في النكاح
والخلع وفي الاجارة اجر المثل وجه قوله ان الاخذ بالشفعة تملك بمثل ما
تملك به المشتري عند الامكان وعند التعذر تقام قيمته مقامه الا تري
انه لو اشتري دارا بعبد فالشفيع ياخذها بقيمة العبد لتعذر الاخذ
بمثله اذ لا مثل له فتقوم قيمته مقامه كذا ها هنا والمنافع تتقوم بالعقد بلا
خلاف فتقام قيمة العوض مقامه ولنا ان المنافع في الاصل لا قيمة لها علي اصول
اصحابنا لانها لا تضمن بالغصب والاتلاف الا انها تتقوم بالعقد بطريق الضرورة
لحاجة الناس فبقي ما وراء ذلك علي الاصل فلا يظهر تقومها في حق الشفيع ولو
تزوج امراة علي دار علي ان ترد المراة عليه الفا فلا شفعة في شي من الدار عند

ط لان الاخذ بالشفعة تملك بمثل ما تملك به المشتري فلو وجبت في معاوضة المال بغير المال صح

م والاصل فيها ان لا تكون مضمونة لان الشي يضمن بمثله في الاصل والعرض لا يماثل العين وهذا قال الواضح

ابي حنيفة رحمه الله وقال ابو يوسف ومحمد تجب الشفعة في حصة الالف وجه
قولهما ان الدار بعضها مهر وبعضها مبيع فلين تعذر ايجاب الشفعة في حصة
امكن ايجابها في حصة المبيع فتجب في حصته وجه قول ابي حنيفة رحمه الله انه
لا يمكن ايجاب الشفعة في حصة المبيع الا بعد قسمة الدار وفي قسمتها تفوت
المنافع ولا قيمة لها الا عند الضرورة علي ما بينا ولان المهر في الدار هو الاصل
لانها انما دفعت الالف لتسلم لها الدار فاذا لم تثبت الشفعة في الاصل كيف تجب
في التابع ولو تزوجها علي مهر مسمي ثم باع داره من المراة بذلك المهر او تزوجها
بغير مهر مسمي ثم باع داره من المراة بمهر المثل تجب فيها الشفعة لان هذا
بيع مبتدا فتجب به الشفعة ولو تزوجها علي دار او تزوجها علي غير مهر مسمي ثم
فرض لها داره مهرا لا تجب فيها الشفعة لان الفرض منه ليس ببيع بل هو تقدير
المهر فلا تجب به الشفعة والله اعلم ومنها ان يكون المبيع عقارا او ما هو بمعناه
فان كان غير ذلك فلا شفعة فيه عند عامة العلما وقال مالك هذا ليس بشرط
وتجب الشفعة في السفن وجه قوله ان السفينة احد المسكنين فتجب
فيها الشفعة كما تجب في المسكن الاخر وهو العقار ولنا ما روي عن رسول
الله صلى الله عليه وسلم انه قال لا شفعة الا في ربع او حايط ولان الشفعة في
العقار ما وجبت لكونه مسكنا وانما وجبت لخوف اذي الدخيل وضرره علي
سبيل الدوام وذلك لا يتحقق الا في العقار او في معناه وهو العلو علي ما نذكره
وسوا كان العقار محتملا للقسمة او لا يحتملها كالحمام والرحا والبير والنهر
والعين والدور الصغار عند اصحابنا وقال الشافعي لا تجب
الشفعة الا في عقار يحتمل القسمة والكلام فيه يرجع الي اصل تقدم ذكره وهو ان
الشفعة عندنا وجبت معلولة بدفع ضرر الدخيل واذاه علي سبيل الدوام وذلك
يوجد فيما يحتمل القسمة وفيما لا يحتمل علي السوا وعنده وجبت معلولة بدفع ضرر
خاص وهو ضرر القسمة فلا يتعدي الي ما لا يحتمل القسمة وهذا مع انه تعليل
لمنع التعدية فقد ابطلناه فيما تقدم وروي عن النبي صلى الله عليه وسلم انه قال انما
الشفعة فيما لم يقسم من غير فصل واذا بيع سفل عقار دون علوه او علوه دون
سفله او بيعا جميعا وجبت الشفعة اما السفل فلا شك فيه لانه عقار واما
العلو دون السفل فتجب فيه الشفعة اذا كان العلو قايما استحسانا لان حق البنا
علي السفل متعلق به علي سبيل التابيد فصار بمعني العقار فتجب فيه الشفعة ولو
انهدم العلو ثم بيع السفل وجبت الشفعة لصاحب العلو عند ابي يوسف وعند

م فلا تجب الا في العقار صح

محمد

محمد لا شفعة له ذكره محمد رحمه الله في الزيادات وجه قول ابي يوسف ان البنا
وان بطل فحق البنا قايم وانه حق متعلق بالبقعة علي الاستقرار والتابيد فكان
بمنزلة البقعة وجه قول محمد رحمه الله ان الشفعة انما تجب اما بالشركة في الملك
او الحقوق او بجوار الملك ولم يوجد شي من ذلك اما الشركة فظاهر الانتفا
وكذلك الجوار لان الجوار كان بالبنا وقد زال البنا فلا تجب الشفعة وذكر في
الزيادات فيمن باع علوا فاحترق قبل التسليم بطل البيع هكذا ذكر ولم يحك
خلافا من مشايخنا من قال هذا قوله فاما علي اصل ابي يوسف ينبغي ان لا يبطل
لانه يجعل حق البنا بمنزلة العرصة فصار كانه باع العرصة مع البنا فاحترق
البنا والله اعلم ومنها زوال ملك البايع عن المبيع لان الشفيع يملك المبيع
علي المشتري بمثل ما ملك به فاذا لم يزل ملك البايع استحال تملك المشتري
فاستحال تملك الشفيع فلا تجب الشفعة في البيع بشرط الخيار للبايع لان خياره
يمنع زوال المبيع عن ملكه حتي لو اسقط خياره وجبت الشفعة لانه تبين ان
المبيع زال عن ملكه من حين وجود البيع ولو كان الخيار للمشتري تجب الشفعة
لان خياره لا يمنع زوال المبيع عن ملك البايع وحق الشفعة يقف عليه وكذا لو
كان الخيار لهما لم تجب الشفعة لاجل خيار البايع ولو ثبت شرط الخيار للشفيع
فلا شفعة له لان شرط الخيار اشترط لنفسه وانه يمنع وجوب الشفعة فان
اجاز الشفيع البيع جاز البيع ولا شفعة له لان البيع تم من جهته فصار كانه باع
ابتدا وان فسخ البيع فلا شفعة له لان ملك البايع لم يزل والحيلة للشفيع في
ذلك ان لا يفسخ ولا يجيز حتي يجيز البايع او يجوز بمضي المدة فتكون له الشفعة
وخيار العيب والروية لا يمنع وجوب الشفعة لانه لا يمنع زوال ملك البايع ومنها
زوال حق البايع فلا تجب الشفعة في المشترا شرا فاسدا لان للبايع حق النقض
والرد الي ملكه رد الفساد وفي ايجاب الشفعة تقرير الفساد حتي لو سقط
حق الفسخ باسباب مسقطة للفسخ كالزيادة وزوال ملك المشتري ونحو ذلك
كان للشفيع ان ياخذ بالشفعة لان المانع قيام حق الفسخ وقد زال كما لو باع
بشرط الخيار ثم اسقط الخيار وجبت الشفعة لزوال المانع من الوجوب
وهو الخيار كذا هذا ولو باعها المشتري شرا فاسدا بيعا صحيحا فجا الشفيع
فهو بالخيار ان شا اخذها بالبيع الاول وان شا اخذها بالبيع الثاني لان
حق الشفيع ثابت عند كل واحد من البيعين لوجود سبب الثبوت عند
كل واحد منهما وشرايطه فكان له الخيار غير انه ان اخذ بالبيع الثاني اخذ

م سبيل صح
م البايع صح
م للشفيع صح
م هو صح
م يمنع زوال صح

بالثمن وان اخذ بالاول اخذ بقيمة المبيع يوم قبض لان الشفيع يتملك بما تملك به
المشتري والمشتري الثاني تملك بالثمن لان البيع الثاني صحيح والبيع الصحيح
يفيد الملك بالمسمى وهو الثمن والمشتري الاول تملك المبيع بقيمته لان
البيع الفاسد يفيد الملك بقيمة المبيع لا بالثمن وانما تعتبر قيمته يوم قبض
لان المبيع بيعا فاسدا مضمون بالقبض كالمغصوب وعلى هذا الاصل يخرج قول
ابي حنيفة فيمن اشتري ارضا شرا فاسدا فبني عليها انه يثبت للشفيع حق
الشفعة لان حق البايع لم يبطل بالبنا فكان المانع قايما والله اعلم وعلى هذا
يخرج قول ابي حنيفة رحمه الله في المريض اذا باع الدار من وارثه بمثل قيمتها
وشفيعها اجنبي انه لا شفعة له لان بيع المريض مرض الموت عينا من اعيان
ماله فاسد عنده الا اذا اجاز الورثة وان كان بمثل القيمة ولا شفعة في البيع
الفاسد وعندهما جائز فتجب الشفعة ولو باعها من اجنبي بمثل قيمتها والوارث
شفيعها لا شفعة للوارث عنده ايضا لانه يصير كانه باعها من الوارث ابتدا لتحول
تلك الصفقة اليه او لتقدير صفقة اخرى مع الوارث وذلك فاسد عنده
وعندهما تجب الشفعة للوارث لان العقد جايز هذا اذا باع بمثل القيمة فاما
اذا باع وحابا بان باعها بالفين وقيمتها ثلاثة الاف فان باع من الوارث
وشفيعها اجنبي فلا شك انه لا شفعة عند ابي حنيفة رحمه الله لان بيعها من
الوارث بمثل القيمة فاسد عنده فالمحاباة اولي ولا شفعة في البيع الفاسد
وعندهما البيع جايز ولكن يرفع قدر المحاباة فتجب الشفعة وان باع من اجنبي
فكذلك لا شفعة للوارث عند ابي حنيفة لان الشفيع ياخذها بتلك الصفقة
بالتحول اليه او بصفقة مبتداة مقدرة بينهما فكان بيعا من الوارث بالمحاباة
وسوا اجازت الورثة او لم تجزه لان الاجازة محلها العقد الموقوف والشرا
وقع نافذا من المشتري لان المحاباة قدر الثلث وهي نافذة من الاجنبي فلغت
الاجازة في حق المشتري فتلغو في حق الشفيع ايضا واما عندهما فقد اختلف
الروايات فيه في رواية كتاب الشفعة من الاصل والجامع لا شفعة له وفي
رواية كتاب الوصايا له الشفعة وهو من مسايل الجامع يعرف ثمة ان شا الله تعالى
ومنها ملك الشفيع وقت الشرا في الدار التي ياخذها بالشفعة لان سبب الاستحقاق
جوار الملك والسبب انما ينعقد سببا عند وجود الشرط والانعقاد امر زايد
علي الوجود واذا لم يوجد عند البيع كيف ينعقد سببا فلا شفعة له بدار يسكنها
بالاجارة والاعارة ولا بدار باعها قبل الشرا ولا بدار جعلها مسجدا ولا بدار جعلها

م في النقض قد زال بالبناء وبطل فزال المانع من وجوب الشفعة تثبت وعند ابي يوسف ومحمد لا لان حق البايع صح

م لوارثه صح

وفقا

وقفا وقضي القاضي بجوازه او لم يقض علي قول من يجيز الوقف لانه زال ملكه عنها
لا الي احد ومنها ظهور ملكه للمشتري عند الانكار بحجة مطلقة وهي البينة
وهذا في الحقيقة شرط ظهور الحق لا شرط ثبوته وعلي هذا يخرج ما اذا انكر
المشتري كون الدار التي يشفع بها مملوكة للشفيع انه ليس له ان ياخذ بالشفعة
حتي يقيم البينة انها داره وهذا قول ابي حنيفة ومحمد واحدي الروايتين
عن ابي يوسف وروي عنه رواية اخري ان هذا ليس بشرط والقول قول
الشفيع ولا يحتاج الي اقامة البينة وهو قول زفر والشافعي وجه
هذه الرواية ان الملك كان ثابتا للشفيع في هذه الدار لوجود سبب الثبوت
وما ثبت يبقي الي ان يوجد المزيل ولان اليد دليل الملك الا تري ان من راي
شيا في يد انسان يحل له ان يشهد له بالملك دل ان اليد دليل الملك من حيث
الظاهر فكان الملك ثابتا للشفيع ظاهرا وجه ظاهر الرواية ان سبب
ثبوت الحكم لا يوجب بقاه وانما البقا بحكم استصحاب الحال والثابت
باستصحاب الحال لا يصلح للالزام علي الغير كحياة المفقود وخبر الشهود
ونحو ذلك والحاجة ههنا الي الزام المشتري فلا يظهر المشتري وقوله
اليد دليل الملك قلنا ان سلم ذلك فالثابت باليد ملك يظهر في حق
الدفع لا في حق الاستحقاق علي الغير والحاجة ههنا الي الاستحقاق علي المشتري
فلا يكفي الملك الثابت بظاهر اليد وذكر عن ابي يوسف فيمن ادعي علي اخر
دارا واقام البينة علي ان هذه الدار كانت في يد ابيه مات وهي في يده انه
يقضي له بالدار فان جا يطلب بها شفعة دار اخري الي جنبها لا يقضي له
بالشفعة حتي يقيم البينة علي الملك لم يجعل القضا باليد قضا بالملك علي
الاطلاق حيث لم يوجب به الشفعة وعلي هذا يخرج ما ذكر محمد رحمه الله
انه قال في حايط بين دارين لكل واحد منهما عليه خشبة ولا يعلم ان الحايط
بينهما الا بالخشبة فبيعت احدي الدارين انه ان اقام الاخر بينة ان الحايط
بينهما فهو احق من الجار لانه شريك وان لم يقم بينة لم اجعله شريكا لان ملك
الحايط بينهما لم يثبت الا بظاهر الاستعمال بالخشبة والملك الثابت بمثل هذا
الظاهر لا يكفي لاستحقاق الشفعة قال ولو اقر البايع قبل البيع ان الحايط
بينهما لم اجعل له بهذا شفعة بمنزلة دار في يدي رجل اقر انها لاخر فبيعت
الي جنبها دار فطلب المقر له الشفعة فلا شفعة له حتي يقيم البينة ان الدار
داره لان الملك في الموضعين جميعا ثبت بالاقرار وانه حجة قاصرة فيظهر

م او تصدق به صح

م الملك في صح

في حق المقر في المسألة الاولى وفي المسألة الثانية يظهر في حق المقر له خاصة ولا
يتعدى الى المشتري وذكر في المنتقى عن ابي يوسف في رجل في يده دار عرف
القاضي انها له فبيعت دار الى جنب داره فقال الشفيع بعد بيع الدار التي
فيها الشفعة داري هذه لفلان وقد بعتها منه منذ سنة وقال هذا في
وقت يقدر على الاخذ بالشفعة او طلبها لنفسه قال لا شفعة له في الدار
حتى يقيم المقر له البينة على المشتري اما المقر فلا شك انه لا شفعة له لانه
لا ملك له وقت البيع في الدار باقراره بالبيع قبله واما المقر له فلما ذكرنا ان الملك
الثابت بالاقرار ليس بثابت بحجة مطلقة لكون الاقرار حجة قاصرة فلا
يظهر في حق الاستحقاق على المشتري وذكر الخصاف في اسقاط الشفعة ان
البايع اذا اقر بسهم من الدار للمشتري ثم باع منه بقية الدار ان الجار لا يستحق
الشفعة لان المشتري صار شريك البايع في ذلك السهم والشريك يقدم على
الجار ومن مشايخنا من خطا الخصاف في هذا وقال تجب الشفعة للجار لان
شركة المشتري لم تثبت الا باقرار البايع والاقرار حجة قاصرة فلا تظهر
في حق الجار فكان على شفعته وكان يستدل بمسألة الحايط والله اعلم
ومنها ان لا تكون الدار المشفوعة ملك الشفيع وقت البيع فان كانت لم تجب
الشفعة لاستحالة تملك الانسان ملك نفسه وعلى هذا يخرج ما اذا باع
الماذون دارا والمولى شفيعها انه ان لم يكن عليه دين فلا شفعة للمولى لانها
ملك المولى والعبد كالوكيل عنه بالبيع فلا تثبت له الشفعة وان كان عليه دين
فله الشفعة لان المولى لا يملك كسب عبده الماذون المديون فكان بمنزلة
الاجنبي وكذا اذا باع المولى دارا والماذون شفيعها وعليه دين فله الشفعة
لان الاخذ بالشفعة بمنزلة الشرا من المشتري وشرا كل واحد منهما من صاحبه
جايز وان لم يكن عليه دين فلا يتصور الاخذ بالشفعة لان الاخذ بالشفعة يصح تملكا للمولى محال
ولو اشترى الماذون دارا والمولى شفيعها فان كان عليه دين فللمولى الشفعة لان الملك
بالشرا لم يقع للمولى وان لم يكن عليه دين فلا يتصور الاخذ بالشفعة لان الملك
يقع له وكذا اذا اشترى المولى دارا والماذون شفيعها فان كان عليه دين فله
الشفعة وان لم يكن فلا يتصور الاخذ بالشفعة لما قلنا واما المكاتب اذا اشترى
او باع دارا والمولى شفيعها فله ان ياخذ بالشفعة سوا كان عليه دين او لم يكن لانه
فيما يبيع ويشتري مع المولى بمنزلة الاجنبي لانه حر يدا الا ترى انه لا سبيل لمولاه على ما
في يده فكان في حق ما في يده ملحقا بساير الاجانب والله اعلم ومنها عدم الرضا من الشفيع

م وتملك المملوك صح

بالبيع

بالبيع وحكمه فان رضي بالبيع او بحكمه فلا شفعة له لان حق الشفعة انما يثبت له
دفعا لضرر المشتري فاذا رضي بالشرا او بحكمه فقد رضي بضرر جواره فلا
يستحق الدفع بالشفعة ثم الرضا قد يكون صريحا وقد يكون دلالة اما الصريح
فلا يشكل واما الدلالة فنحو ان يبيع الشفيع الدار المشفوع فيها بان وكله صاحب
الدار ببيعها فباعها فلا شفعة له لان بيع الشفيع دلالة الرضا بالعقد وثبوت
حكمه وهو الملك للمشتري وكذا المضارب اذا باع من مال المضاربة ورب المال
شفيعها بدار اخرى لا شفعة لرب المال سوا كان في الدار ربح او لم يكن اما
اذا لم يكن فيها ربح فلان المضارب وكيله بالبيع والرضا بالتوكيل بالبيع رضا
بالبيع وحكمه ضرورة وانه يمنع وجوب الشفعة وان كان فيها ربح اما في
حصة رب المال فلانه متى امتنع الوجوب في حصة رب المال فلو ثبت في حصة
المضارب لادى الى تفريق الصفقة على المشتري وانه لا يجوز ولان المشتري
صار شريكا للمضارب والشريك مقدم على الجار ولو كان الشفيع وكيلا بشرا الدار
المشفوع فيها فاشترى لموكله فللشفيع الشفعة لان الشرا لغيره لا يكون فوق
الشرا لنفسه والشرا لنفسه لا يمنع وجوب الشفعة حتى لو اشترى الدار المشفو
فيها ثم حضر شفيع اخر كان له ان ياخذ النصف بالشفعة فالشرا لغيره لان
لا يمنع الوجوب اولى ولو باع رب المال دارا لنفسه والمضارب شفيعها بدار
من المضاربة فان كان في يده من مال المضاربة وفا بثمن الدار لم تجب الشفعة
لان الاخذ اذ ذاك يقع لرب المال وقد وجد منه دلالة الرضا بثبوت
الملك للمشتري وانه يمنع وجوب الشفعة وان لم يكن في يده وفا فان لم يكن
في الدار ربح فلا شفعة ايضا لان الاخذ يقع لرب المال وان كان فيها ربح فللمضارب ان
ياخذها بالشفعة لنفسه لان له نصيبا في ذلك ولم يوجد منه الرضا بسقوط
حقه ولو اشترى اجنبي دارا الى جنب دار المضاربة فان كان في يد المضارب
وفا بالثمن فله ان ياخذها بالشفعة للمضاربة وله ان يسلم الشفعة لان
حق الاخذ له فيملك تسليمه وان لم يكن في يده وفا فان كان في الدار ربح فالشفعة
لرب المال والمضارب جميعا لان الدار مشتركة بينهما وان لم يكن فيها ربح
فالشفعة لرب المال خاصة لان الدار ملكه خاصة والشفعة من حقوق الملك
وعلى هذا يخرج ما اذا باع الدار على ان يضمن الشفيع الثمن عن المشتري فضمن
وهو حاضر حتى جاز البيع انه لا شفعة للشفيع لان ضمان الثمن عن المشتري دلالة
الرضا بالبيع وحكمه لان تمام العقد وانبرامه يتعلق به فكان دليل الرضا وكذا

م دارا من صح

م فلما ذكرنا من وجود دلالة الرضا بالبيع في حصته واما في حصة المضارب صح

ع

لواشتري المشتري الدار علي ان يضمن له الشفيع الدركه عن البايع فضمن وهو حاضر
حتي جاز البيع لا شفعة للشفيع لانه لما ضمن الدركه فقد صار راضيا بالعقد وحكمه وهو
الملك للمشتري فلم تجب الشفعة واما اسلام الشفيع فليس بشرط لوجوب
الشفعة فتجب لاهل الذمة فيما بينهم وللذمي علي المسلم لان هذا حق التملك علي
المشتري بمنزلة الشرا منه والكافر والمسلم في ذلك سوا لانه من الامور الدنياوية
وروي عن شريح رحمه الله انه قضي بالشفعة لذمي علي مسلم فكتب الي عمر رضي
الله عنه فاجازه وكان ذلك بمحضر من الصحابة رضي الله عنهم فيكون اجماعا ولو
اشتري ذمي من ذمي دارا بخمر او خنزير وشفيعها ذمي او مسلم وجبت
الشفعة عند اصحابنا وقال الشافعي لا تجب بنا علي ان ذلك ليس بمال عنده اصلا
حتي لم يكن مضمونا بالاتلاف اصلا ومن شرط وجوب الشفعة معاوضة
المال بالمال وعندنا هو مال متقوم في حق اهل الذمة بمنزلة الخل والشاة
لنا ثم اذا وجبت الشفعة فان كان الشفيع ذميا اخذ الدار بمثل الخمر وبقيمة
الخنزير لان الخمر عندهم من ذوات الامثال كالخل والخنزير ليس من ذوات
الامثال بل من ذوات القيم كالشاة وان كان مسلما اخذها بقيمة الخمر والخنزير
ومتي تعذر عليه التملك بالعين تملك بالقيمة كما لو كان الشرا بالعرض انه
ياخذها بقيمة العرض كذا هذا وكذلك الحرية والذكورة والعقل
والبلوغ والعدالة فتجب الشفعة للماذون والمكاتب ومعتق البعض
والنسوان والصبيان والمجانين واهل البغي لانه حق مبني علي الملك
وهولا من اهل ثبوت الملك لهم الا ان الخصم فيما تجب للصبي وعليه وليه
الذي يتصرف في ماله من الاب ووصيه والجد ابو الاب ووصيه والقاضي
ووصي القاضي فاذا بيعت دار والصبي شفيعها كان لوليه ان يطالب
بالشفعة وياخذ له لان الاخذ بالشفعة بمنزلة الشرا من المشتري فالولي
يملك ذلك كما يملك الشرا فان سلم الشفعة صح التسليم ولا شفعة للصبي
اذا بلغ عند ابي حنيفة وابي يوسف وعند محمد وزفر لا يصح تسليمه
والصبي علي شفعته اذا بلغ وجه قولهما ان هذا حق ثبت نظرا للصبي فابطاله يكون
ضررا في حقه ومثل هذا لا يدخل تحت ولاية الولي كالعفو عن قصاص وجب
للصبي علي انسان والابرا عن كفالة بنفس او مال ولابي حنيفة وابي يوسف
رحمهما الله ما ذكرنا ان الاخذ بالشفعة بمنزلة الشرا فتسليمه امتناع من
الشرا وللولي ولاية الامتناع من الشرا الا تري انه لو قال بعت هذا الشي لفلان

م راضيا صح

بلغ

ط لان الاخذ تملك والمسلم ليس من اهل تملك الخمر والخنزير صح

الصبي

الصبي لا يلزم الولي القبول وهذا لان الولي يتصرف في مال الصبي علي وجه
المصلحة والمصلحة قد تكون في الشرا وقد تكون في تركه والولي اعلم بذلك
فيفوض اليه وعلي هذا الخلاف اذا سكت الولي او الوصي عن الطلب انه يبطل
حق الشفعة عند ابي حنيفة وابي يوسف وعند محمد وزفر لا يبطل وذكر
في نوادر ابي يوسف فيمن اشتري دارا وابنه الصغير شفيعها كان له
ان ياخذ لابنه الصغير بالشفعة فان لم ياخذ وسلم لنفسه جاز لان الشرا
لا ينافي الاخذ بالشفعة لان كل واحد منهما تملك بعوض ولهذا لو كان
وكيلا بالشرا لغيره كان له ان ياخذ بالشفعة لنفسه فلان يملك الاخذ لابنه
اولي واذا ملك الاخذ ملك التسليم لانه امتناع من الاخذ ولو باع دارا
لنفسه وابنه شفيعها لم يكن له ان ياخذ بالشفعة لان الاخذ بالشفعة تملك
والبيع تمليك فينافي التملك ولهذا لا يملك الوكيل بالبيع لغيره ان ياخذ
بالشفعة لنفسه واذا لم يملك الاخذ لا يملك التسليم فلم يصح تسليمه ويوقف
الي حين بلوغ الصبي كما اذا لم يكن له ولي واما الوصي اذا اشتري دارا لنفسه
والصبي شفيعها لم يكن له ان ياخذ بالشفعة للصغير ولو سلم الشفعة
فالصغير علي شفعته وكذا اذا باع لانه ملك الدار بالشرا لنفسه فبالاخذ
بالشفعة للصغير يريد تمليك ما ملكه من الصغير والوصي لا يملك تمليك ماله
للصغير الا اذا كان فيه نفع ظاهر له واذا لم يملك الاخذ بالشفعة لم يكن
سكوته عن الطلب تسليما للشفعة فبقي حق الصغير في الشفعة ياخذ اذا بلغ
والله اعلم **فصل** واما بيان ما يتاكد به حق الشفعة ويستقر فنقول
وبالله التوفيق انه يتاكد ويستقر بالطلب والكلام في الطلب في مواضع في
بيان وقت الطلب وفي بيان شرطه وفي بيان كيفيته وفي بيان حكمه اما
وقته فالطلب نوعان طلب مواثبة وطلب تقرير اما طلب المواثبة فوقته وقت
علم الشفيع بالبيع حتي لو سكت عن الطلب بعد البيع قبل العلم به لم تبطل
شفعته لانه ترك الطلب قبل وقت الطلب فلا يضره ثم علمه بالبيع قد يحصل
بسماعه بالبيع بنفسه وقد يحصل باخبار غيره لكن هل يشترط فيه العدد
والعدالة اختلف اصحابنا فيه قال ابو حنيفة رحمه الله يشترط احد هذين
في المخبر رجلان او رجل وامراتان واما العدالة قال ابو يوسف ومحمد
لا يشترط فيه العدد ولا العدالة حتي لو اخبره واحد بالشفعة عدلا كان المخبر
او فاسقا حرا او عبدا ماذونا بالغا او صبيا ذكرا او انثي فسكت ولم يطلب

م يقع صح

م اما العدد صح

علي فور الخبر علي رواية الاصل اولم يطلب في المجلس علي روايه محمد بطلت شفعته عندهما
اذا ظهر كون الخبر صدقا وهذا علي اختلافهم في الخبر عن عزل الوكيل وعن جناية
العبد وعن حجر المولي علي ما ذكرنا في كتاب الوكاله هما يقولان العدد والعدالة
الاعتبار شرعا في المعاملات وهذا من باب المعاملة فلا يشترط فيه العدد
والعدالة ولابي حنيفة رحمه الله ان هذا اخبار فيه معني الالزام الا تري
ان حق الشفيع يبطل لو لم يطلب بعد الخبر فاشبه الشهادة فيعتبر فيه
احد شرطي الشهادة وهي العدالة او العدد ولو اخبر المشتري الشفيع بنفسه
فقال قد اشتريته فلم يطلب بطلت شفعته وان لم يكن المشتري عدلا
هكذا روي عن ابي حنيفة رحمه الله لان المشتري خصم وعدالة الخصم ليست
بشرط في الخصومات وقالوا في المخيرة اذا بلغها التخيير انه لا يعتبر في المخبر
العدد ولا العدالة والفرق لابي حنيفة رحمه الله ان الاخبار عن التخيير ليس
في معني الشهادة لخلوه عن الزام حكم فلم يعتبر فيه احد شرطي الشهادة بخلاف
الاخبار عن البيع في باب الشفعة علي ما بينا والله اعلم واما شرطه فهو ان
يكون علي فور العلم بالبيع اذا كان قادرا عليه حتي لو علم بالبيع وسكت عن الطلب
مع القدرة عليه بطل حق الشفعة في رواية الاصل وروي عن محمد رحمه الله
انه علي المجلس كخيار المخيرة وخيار القبول ما لم يقم عن المجلس او يشتغل
عن الطلب بعمل اخر لا تبطل شفعته وله ان يطلب وذكر الكرخي ان هذا اصح
الروايتين وجه هذه الرواية ان حق الشفعة ثبت نظرا للشفيع دفعا
للضرر عنه فيحتاج الي التامل ان هذه الدار هل تصلح بمثل هذا الثمن وانه
هل يتضرر بجوار هذا المشتري فياخذ بالشفعة او لا يتضرر فيترك وهذا
لا يصح بفور العلم بالبيع والحاجة الي التامل شرط المجلس فيه في جانب المخيرة
والقبول كذا هنا وجه رواية الاصل ما روي عن رسول الله صلى الله عليه وسلم
انه قال الشفعة لمن واثبها وروي عنه عليه السلام انما الشفعة كنشط
عقال ان قيد مكانه ثبت والا ذهب وفي بعض الروايات انما الشفعة كحل
عقال ان قيد به مكانه ثبت والا فاللوم عليه ولانه حق ضعيف متزلزل
لثبوته علي مخالفة القياس اذ الاخذ بالشفعة تملك مال معصوم بغير اذن
مالكه لخوف ضرر يحتمل الوجود والعدم فلا يستقر الا بالطلب علي المواثبة
واما الاشهاد فللاظهار عند الخصومة علي تقدير الانكار لان من الجائز ان المشتري لا
يصدق الشفيع في الطلب او لا يصدق في الفور ويكون القول قوله فيحتاج الي

ساقطة صح

خيار

فليس بشرط لصحة الطلب حتي لو طلب علي المواثبة ولم يشهد صح طلبه فيما بينه وبين الله تعالى وانما الاشهاد صح

الاظهار

الاظهار بالبينة عند القاضي علي تقدير عدم التصديق لا انه شرط صحة الطلب
ونظيره من اخذ لقطة ليردها علي صاحبها فهلكت في يده لا ضمان عليه فيما بينه
وبين الله بلا خلاف وانما الحاجة الي الاشهاد عند ابي حنيفة رحمه الله لتوثيق الاخذ
للرد علي تقدير الانكار لا انه شرط البراءة عن الضمان حتي لو صدقه صاحبها في
ذلك ثم طلب منه الضمان ليس له ذلك بالاجماع كذا هذا واذا طلب علي المواثبة
فان كان هناك شهود اشهدهم وتوثق الطلب وان لم يكن بحضرته من يشهده
فبعث في طلب الشهود لم تبطل شفعته لما قلنا لان الاشهاد للاظهار والطلب عند
الحاجة لكن لا يصح الاشهاد علي الطلب علي رواية الفور لانه بطل الفور فبطلت
الشهادة علي الفور ضرورة وصح علي رواية المجلس اذا قال وهو في المجلس ادعوا
لي شهودا اشهدهم فجا الشهود فاشهدهم وتوثق الطلب لان المجلس قائم
ولو اخبر ببيع الدار فقال الحمد لله قد ادعيت شفعتها او قال سبحان الله
قد ادعيت شفعتها فهو علي شفعته علي رواية محمد لان هذا يذكر لافتتاح
الكلام به تبركا فلا يكون دليل الاعراض عن الطلب وكذلك اذا سلم او شمت
العاطس لان ذلك ليس بعمل يدل علي الاعراض ولهذا لم يبطل به خيار
المخيرة وكذلك اذا قال من ابتاعها وبكم بيعت لان الانسان قد يرضي
بمجاورة انسان دون غيره وقد تصلح له الدار بثمن دون غيره وكان السؤال
عن حال الجار ومقدار الثمن من مقدمات الطلب لا اعراضا عنه وهذا
كله علي رواية اعتبار المجلس فاما علي رواية اعتبار الفور تبطل شفعته
في هذه المواضع لانقطاع الفور من غير ضرورة ولو اخبر بالبيع وهو في
الصلاة فمضي فيها فالشفيع لا يخلو من ان يكون في الفرض او في الواجب او
في السنة او في النفل المطلق فان كان في الفرض لا تبطل شفعته لان قطعه
حرام فكان معذورا في ترك الطلب وكذا اذا كان في الواجب لان الواجب
ملحق بالفرض في حق العمل وان كان في السنة فكذلك لان هذه السنن
الراتبة في معني الواجب سوا كانت السنة ركعتين او اربعا كالاربع قبل
الظهر حتي لو اخبر بعد ما صلي ركعتين فوصل بهما الشفع الثاني لم تبطل
شفعته لانها بمنزلة صلاة واحدة واجبة وقال محمد اذا بلغ الشفيع
البيع فصلي بعد الجمعة اربعا لم تبطل شفعته وان صلي اكثر من ذلك بطلت
شفعته لان الاربع بتسليمة واحدة فصار كالركعتين والزيادة عليهما ليست
بسنة وذكر محمد رحمه الله في المخيرة اذا كانت في صلاة النفل فزادت علي

صح

سنة صح

ركعتين بطل خيارها لان كل شفع من التطوع صلاة على حدة والله اعلم والغايب
اذا علم بالشفعة فهو مثل الحاضر في الطلب والاشهاد لانه قادر على
الطلب الذي يتاكد به الحق وعلى الاشهاد الذي يتوثق به الطلب ولو وكل
الغايب رجلا لياخذ له بالشفعة فذلك طلب منه لان في التوكيل طلبا
وزيادة واذا طلب الغايب على المواثبة واشهد فله بعد ذلك من الاجل
مقدار المسافة التي ياتي الى حيث البايع او المشتري او الدار لا زيادة عليه
لان تاجيل هذا القدر للضرورة ولا ضرورة في الزيادة واما طلب التقرير
فشرطه ان يكون على فور الطلب الاول والاشهاد عليه واذا طلب على المواثبة
واشهد على فوره ذلك شخص الى حيث البايع او المشتري او الدار اذا كان
قادرا عليه وتفصيل الكلام فيه ان المبيع اما ان يكون في يد البايع واما
ان يكون في يد المشتري فان كان في يد البايع فالشفيع بالخيار ان شاء طلب
من المشتري وان شا طلب عند الدار فاما الطلب من البايع والمشتري
فلان كل واحد منهما خصم البايع باليد والمشتري بالملك واذا كان كل واحد
منهما خصما فصح الطلب من كل واحد منهما واما الطلب عند الدار فلان
الحق متعلق بها فان سكت عن الطلب من احد المتبايعين وعند
الدار مع القدرة عليه بطلت شفعته لانه فرط في الطلب وان كان في
يد المشتري فان شا طلب من المشتري وان شا عند الدار ولا يطلب
من البايع لانه خرج من ان يكون خصما لزوال يده ولا ملك له فصار
بمنزلة الاجنبي ولو لم يطلب من المشتري ولا عند الدار وشخص الى البايع
للطلب منه والاشهاد بطلت شفعته لوجود دليل الاعراض وفي الحقيقة
لوجود دليل الرضا ولو تعاقد البايع والمشتري في غير الموضع الذي
فيه الدار فليس على الشفيع ان ياتيهما ولكنه يطلب عند الدار ويشهد
عليه لان الشفيع اذا كان بجنب الدار والعاقدان غايبان تعين الدار
للطلب والاشهاد فان لم يطلب عندها وشخص الى العاقدين بطلت
شفعته لوجود الاعراض عن الطلب هذا اذا كان قادرا على الطلب من
المشتري او البايع او عند الدار فاما اذا كان هناك حايل بان كان بينهما
نهر مخوف او ارض مسبعة او غير ذلك من الموانع لا تبطل شفعته
بترك المواثبة الى ان يزول الحايل واما الاشهاد على هذا الطلب فليس بشرط
لصحة الطلب والاشهاد في ظاهر الرواية وروى عن ابي يوسف انه شرط

من البايع وان شاء طلب صح

الدار

لصحته كما انه ليس بشرط لصحة طلب
المواثبة وانما هو لتوثيقه على تقدير الانكار كما في الطلب الاول وكذا تسمية المبيع وتحديده ليس بشرط صح

لان

لان الطلب لا يصح الا بعد العلم والعقار لا يصير معلوما الا بالتحديد فلا يصح
الطلب والاشهاد بدونه والله اعلم واما بيان كيفية الطلب فقد اختلف فيه عبارات
المشايخ روي عن محمد بن مقاتل الرازي ان الشفيع يقول طلبت الشفعة واطلبها
وانا طالبها وعن محمد بن سلمة انه كان يقول طلبت الشفعة فحسب وعن
الفقيه ابي جعفر الهندواني رحمه الله انه لا يراعي فيه الفاظ الطلب بل لو اتى
بلفظ يدل على الطلب اي لفظ كان يكفي نحو ان يقول ادعيت الشفعة
او سالت الشفعة ونحو ذلك مما يدل على الطلب وهو الصحيح لان الحاجة
الى الطلب ومعنى الطلب يتادى بكل لفظ يدل عليه سوا كان بلفظ الطلب
او بغيره واما حكم الطلب فهو استقرار الحق فالشفيع اذا اتى بطلبين
صحيحين استقر الحق على وجه لا تبطل بتاخير المطالبة بالاخذ بالشفعة
ابدا ما لم يسقطها بلسانه وهذا قول ابي حنيفة رحمه الله واحدى الروايتين
عن ابي يوسف وفي رواية اخرى قال اذا ترك المخاصمة الى القاضي في زمان
يقدر فيه على المخاصمة بطلت شفعته ولم يوقت فيه وقتا وروي عنه
انه قدره بما يراه القاضي وقال محمد وزفر اذا مضى شهر بعد الطلبين ولم
يطلب من غير عذر بطلت شفعته وهو رواية عن ابي يوسف ايضا وجه
قول محمد وزفر ان حق الشفعة ثبت لدفع الضرر عن الشفيع ولا يجوز دفع
الضرر عن الانسان على وجه يتضمن الاضرار بغيره وفي ابقا هذا الحق بعد
تقرير الخصومة ابدا اضرار بالمشتري لانه لا يبني ولا يغرس خوفا من النقض
والقلع فيتضرر به فلا بد من التقدير بزمان لئلا يتضرر به فقدرنا بالشهر
لانه ادنى الاجال فاذا مضى شهر ولم يطلب من غير عذر فقد فرط في الطلب
فتبطل شفعته وجه قول ابي حنيفة رحمه الله ان الحق للشفيع قد ثبت بالطلبين
والاصل ان الحق متى ثبت لانسان لا يبطل الا بابطاله ولم يوجد لان تاخير
المطالبة منه لا يكون ابطالا كتاخير استيفا ساير الديون وقوله يتضرر
المشتري ممنوع فانه اذا علم ان للشفيع ان ياخذ بالشفعة فالظاهر انه يمتنع
من البنا والغرس خوفا عن النقض والقلع فلان فعل فهو الذي اضر بنفسه فلا
يضاف ذلك الى الاخذ بالشفعة ولهذا لم يبطل حق الشفعة بغيبة الشفيع
ولا يقال ان فيه ضررا بالمشتري بالامتناع من البنا والغرس لانا قلنا كذا هذا والله اعلم
واما بيان ما يبطل به حق الشفعة بعد ثبوته فنقول وبالله التوفيق ما يبطل
به حق الشفعة بعد ثبوته في الاصل نوعان اختياري واضطراري فالاختياري

نوعان صريح وما يجري مجرى الصريح ودلالة اما الاول فنحو ان يقول الشفيع
ابطلت الشفعة او اسقطتها او ابراتك عنها او سلمتها او نحو ذلك لان الشفعة
خالص حقه فيملك التصرف فيه استيفا واسقاطا كالابرا عن الدين والعفو
عن القصاص ونحو ذلك وسوا علم الشفيع بالبيع او لم يعلم بعد ان كان بعد البيع
لان هذا اسقاط الحق صريحا وصريح الاسقاط يستوي فيه العلم والجهل
كالطلاق والابرا عن الحقوق بخلاف الاسقاط من طريق الدلالة فانه لا يسقط
حقه ثمة الا بعد العلم بالبيع والفرق يذكر بعد هذا ان شا الله تعالى ولا يصح
تسليم الشفعة قبل البيع لانه اسقاط الحق واسقاط[٢] قبل وجوبه ووجود
سبب وجوبه محال ولو اخبر بالبيع بقدر الثمن او جنسه او من فلان فسلم ثم
ظهر بخلافه هل يصح تسليمه فالاصل في جنس هذه المسايل انه ينظر ان كان لا
يختلف غرض الشفيع في التسليم صح التسليم وبطلت شفعته وان كان يختلف غرضه
لم يصح وهو على شفعته لان غرضه في التسليم اذا لم يختلف بين ما اخبر به
وبين ما بيع به وقع التسليم محصلا لغرضه فصح واذا اختلف غرضه لم
يقع التسليم محصلا لغرضه فلم يصح التسليم وبيان هذا في مسايل اذا اخبر ان
الدار بيعت بالف درهم فسلم ثم علم انها بيعت بالفين فلا شفعة له لان تسليمه
كان لاستكثاره الثمن فاذا لم يصلح له باقل الثمنين فباكثرهما اولى فحصل
غرضه بالتسليم فبطلت شفعته ولو اخبر انها بيعت بالف فسلم ثم تبين انها
بيعت بخمسماية فله الشفعة لان التسليم عند كثرة الثمن لا يدل على التسليم عند
قلته فلم يحصل غرضه بالتسليم فبقي على شفعته ولو اخبر انها بيعت بالف
درهم ثم تبين انها بيعت بماية دينار فان كانت قيمتها الفا او اكثر فلا شفعة
له وان كانت اقل فهو على شفعته عند اصحابنا الثلاثة وقال زفر له الشفعة
في الوجهين جميعا وجه قول زفر ان الدراهم والدنانير جنسان مختلفان
حقيقة واعتبار الحقايق هو الاصل والغرض يختلف باختلاف الجنس لانه قد
يتيسر عليه جنس ويتعذر الاخر فلم يقع التسليم محصلا لغرضه فبقي
على شفعته كما لو اخبر انها بيعت بحنطة فسلم ثم علم انها بيعت بشعير قيمته
مثل قيمة الحنطة ولنا ان الدراهم والدنانير في خلقة الثمنية كجنس واحد لانها
اثمان الاشيا وقيمتها تقوم الاشيا بها تقويما واحدا اعني انها تقوم بهذا مرة
وبذاك اخرى وانما يختلفان في القدر لا غير ~~غير~~ فوجب اعتبار قدر قيمتها
في الكثرة والقلة كما اذا اخبر انها بيعت بالف درهم او ماية دينار[٢] ثم تبين انها

٢ الحق صح

٢ فسلم صح

بيعت

٢ بيعت صح

بيعت باكثر او باقل على ما بينا كذا هذا بخلاف ما اذا اخبر انها[٢] بحنطة فسلم ثم
تبين انها بيعت بشعير قيمته مثل قيمة الحنطة او اقل او اكثر لان هناك
اختلف اذ الحنطة والشعير جنسان مختلفان على الاطلاق واختلاف الجنس
يوجب اختلاف الغرض فلم يصح التسليم ولو اخبر انها بيعت بالف درهم فسلم ثم
تبين انها بيعت بمكيل او موزون سوى الدراهم والدنانير او عددي متقارب
فالشفعة قايمة لان الثمن الذي وقع به البيع اذا كان من ذوات الامثال فالشفيع
ياخذ بمثله وانه جنس اخر غير الجنس الذي اخبر به الشفيع فاختلف الغرض
ولو اخبر انها بيعت بالف درهم فسلم ثم علم انها بيعت بعرض وما ليس من
ذوات الامثال فان كان قيمته مثل الالف او اكثر صح تسليمه وان كانت قيمته
اقل لم يصح وله الشفعة لان الشفيع هاهنا ياخذ الدار بقيمة العرض لانه لا مثل
له وقيمته دراهم او دنانير فكان الاختلاف راجعا الى القدر فاشبه الالف
بالالفين والالف وخمسماية على ما مر ولو اخبر بشرا نصف الدار فسلم
ثم تبين انه اشترى الجميع فله الشفعة ولو اخبر بشرا الجميع فسلم ثم تبين
انه اشترى النصف فالتسليم جايز ولا شفعة له هذا[٢] الرواية المشهورة في
الفصلين وقد روي الجواب فيهما على القلب وهو ان يكون التسليم في النصف
~~يكون~~ تسليما في الكل والتسليم في الكل لا يكون تسليما في النصف وجه هذه
الرواية ان تسليم النصف لعجزه عن الثمن ومن عجز عن القليل كان عن الكثير
اعجز فاما العجز عن الكثير لا يدل على العجز عن القليل وجه الرواية المشهورة
ان التسليم في النصف للاحتراز عن الضرر وهو ضرر الشركة وهذا لا يوجد
في الكل فاختلف الغرض فلم يصح التسليم فبقي على شفعته واذا سلم الكل
فقد صح تسليم النصف ضرورة لانه داخل في الكل فصار بتسليم الكل مسلما النصف
لان الشركة عيب فكان التسليم بدون العيب تسليما مع العيب من طريق الاولى
ولو اخبر ان المشتري زيد فسلم ثم تبين انه عمرو فهو على شفعته لان التسليم
للامن عن الضرر والامن عن ضرر زيد لا يدل على الامن عن ضرر عمرو لتفاوت
الناس في الجوار ولو اخبر ان المشتري زيد فسلم ثم تبين انه زيد وعمرو كان
له ان ياخذ نصيب عمرو لانه سلم نصيب زيد لا نصيب عمرو فبقي له الشفعة
في نصيبه ولو اخبر ان الدار بيعت بالف درهم فسلم ثم ان البايع حط عن المشتري
~~فسلم ثم ان البايع حط عن المشتري~~ خمسماية وقبل المشتري الحط كان له
الشفعة لان الحط يلتحق باصل العقد فتبين ان البيع كان بخمسماية فصار

٢ هو صح

كما اذا اخبرا نها بيعت بالف فسلم ثم تبين انها بيعت بخمس ماية ولو لم يقبل
الحط لم تجب الشفعة و لان الحط لم يصح اذا لم يقبل فلم يتبين انها بيعت
با نقص من الف فلم تجب الشفعة والله اعلم ولو باع الشفيع داره التي يشفع
بها بعد شرا المشتري هل تبطل شفعته فهذا لا يخلو اما ان كان البيع
باتا واما ان كان فيه شرط الخيار فاما ان كان باتا لا يخلو اما ان باع كل
الدار واما ان باع جزا منها فان باع كلها بطلت شفعته لان سبب الحق وهو
جوار الملك قد زال سوا علم بالشرا او لم يعلم لان هذا في معنى صريح الاسقاط
لان ابطال سبب الحق ابطال فيستوي فيه العلم والجهل فان رجعت الدار الي
ملكه بعيب بقضا او بغير قضا او بخيار روية او بخيار شرط للمشتري فليس له
ان ياخذ بالشفعة لان الحق قد بطل فلا يعود الا بسبب جديد وكذلك لو
باعها الشفيع بيعا فاسدا وقبضها المشتري بطلت شفعته لزوال سبب
الحق وهو جوار الملك وان نقض البيع فلا شفعة له لما ذكرنا ان الحق اذا بطل
لا يعود الا بسبب جديد وان باع جزا من داره فان باع جزا شايعا منها فله
الشفعة بما بقي لان ما بقي يصلح لاستحقاق الشفعة ابتدا فلان يصلح للبقا
لان البقا اسهل من الابتدا وان باع جزا معينا بيتا او حجرة فان كان ذلك لا يلي
الدار التي فيها الشفعة فكذلك لان السبب وهو جوار الملك قايم وان كان مما
يلي تلك الدار فان استغرق حدود الدار التي فيها الشفعة بطلت الشفعة لان
الجوار قد زال وان بقي من حدها شي ملازق لما بقي من الدار فهو علي شفعته
لما ذكرنا ان هذا القدر يصلح للاستحقاق ابتدا فلان يصلح لبقا المستحق اولي
وان كان فيه خيار الشرط فان كان الخيار للبايع وهو الشفيع فهو علي شفعته ما
لم يوجب البيع لان خيار البايع يمنع زوال المبيع عن ملكه فان طلب الشفعة في مدة الخيار كان
ذلك منه نقضا للبيع لان طلب الشفعة دليل استبقا الملك في المبيع وذلك
اسقاط الخيار ونقض للبيع وان كان الخيار للمشتري بطلت شفعته لان الدار
خرجت عن ملكه بلا خلاف فزال سبب الحق وهو جوار الملك وان كان الشفيع شريكا وجارا
فباع نصيبه الذي يشفع به كان له ان يطلب الشفعة بالجوار لانه ان بطل احد
السببين وهو الشركة بقي الاخر وهو الجوار ولهذا يستحق به ابتدا فلان
يبقي به الاستحقاق اولي ولو صالح المشتري الشفيع من الشفعة علي مال
لم يجز الصلح ولم يثبت العوض و بطل حق الشفعة اما بطلان الصلح فلانعدام
ثبوت الحق في المحل اذ الثابت للشفيع حق التملك وانه عبارة عن ولاية التملك

لان السبب وهو جوار الملك قائم لان خيار البايع صح

فزال سبب الحق صح

الحق

وانها

وانها معني قايم بالشفيع فلم يصح الاعتياض عنه فبطل الصلح ولم يجب العوض
واما بطلان حق الشفيع في الشفعة فلانه اسقطه بالصلح فالصلح وان لم
يصح فاسقاط حق الشفعة صحيح لان صحته لا تقف علي العوض بل هو شي من الاموال
لا يصلح عوضا عنه فالتحق ذكر العوض بالعدم فصار كانه سلم بلا عوض وعلي
هذا اذا قال الزوج للمخيرة اختاريني بالف درهم فقالت اخترتك لم يجب
العوض و بطل خيارها وكذلك العنين اذا قال لامراته بعد ما خيرت
بسبب العنة اختاري ترك الفسخ بالعنة بالف فقالت اخترت بطل خيارها ولم
يجب العوض وفي الكفالة بالنفس اذا اسقطها بعوض روايتان في رواية
لا يجب العوض وتبطل الكفالة كما في الشفعة وفي رواية لا تبطل الكفالة وجه
الرواية الاولي انه اسقط الكفالة بعوض فالاعتياض ان لم يصح فالاسقاط صحيح
لان صحته لا تقف علي العوض وجه الرواية الاخري انه ما رضي بالسقوط الا
بعوض ولم يثبت العوض فلا تسقط والله اعلم واما بطلان الشفعة من
طريق الدلالة فهو ان يوجد من الشفيع ما يدل علي الرضا بالعقد وحكمه للمشتري
وهو ثبوت الملك له لان حق الشفعة مما يبطل بصريح الرضا فيبطل بدلالة
الرضا ايضا وذلك نحو ما اذا علم بالشرا فترك الطلب علي الفور من غير عذر
او قام عن المجلس او تشاغل عن الطلب بعمل اخر علي اختلاف الروايتين لان
ترك الطلب مع القدرة عليه دليل الرضا بالعقد وحكمه للدخيل وكذا اذا
ساوم الشفيع الدار من المشتري او ساله ان يوليه اياه او استاجرها الشفيع من
المشتري او اخذها مزارعة او معاملة وذلك كله بعد علمه بالشرا لان ذلك
كله دليل الرضا اما المساومة فلانها طلب تمليك بعقد جديد وكذلك
التولية لانها تمليك بمثل الثمن الاول من غير زيادة ولا نقصان وانه دليل الرضا
بملك المالك واما الاستيجار والاخذ معاملة او مزارعة فلانها تقرير لملك
المشتري فكانت دليل الرضا بملكه فرق بين هذا و بين الفصل الاول حيث
شرط هاهنا علم الشفيع بالشرا لبطلان حق الشفعة وهناك لم يشترط وانما
كان كذلك لان السقوط في الفصل الاول بصريح الاسقاط والاسقاط تصرف في
نفس الحق فيستدعي ثبوت الحق لا غير كالطلاق والعتاق والابرا عن الديون
والسقوط هاهنا بطريق الدلالة وهي دلالة الرضا لا بالتصرف في محل الحق
بل في محل اخر والتصرف في محل اخر لا يصلح دليل الرضا الا بعد العلم بالبيع اذ
الرضا بالشي بدون العلم به محال والله اعلم ولو سلم الشفعة في النصف بطلت

شفعته في الكل لانه لما سلم في النصف بطل حقه في النصف المسلم فيه بصريح الاسقاط
وبطل حقه في النصف الباقي لانه لا يملك تفريق الصفقة على المشتري فبطلت
شفعته في الكل ولو طلب نصف الدار بالشفعة هل يكون ذلك تسليما منه في الكل
اختلف فيه ابو يوسف ومحمد قال ابو يوسف لا يكون وقال محمد يكون تسليما
في الكل الا ان يكون سبق منه طلب الكل بالشفعة فلم يسلم له المشتري فقال
حينئذ اعطني نصفها على ان اسلم اليك النصف الباقي فان هذا لا يكون تسليما
وجه قول محمد انه لما طلب النصف بالشفعة فقد ابطل حقه في النصف
الاخر لانه ترك الطلب فيه مع القدرة عليه وذا دليل الرضا فبطل حقه فيه
فبطل في النصف المطلوب ضرورة تعذر تفريق الصفقة على المشتري بخلاف
ما اذا كان سبق منه الطلب في الكل لانه لما طلب في الكل فقد تقرر حقه في الكل فلم
يكن قوله بعد ذلك اعطني النصف على ان اسلم النصف الباقي تسليما بخلاف ما اذا
قال ابتدا لان الحق لم يتقرر بعد وجه قول ابي يوسف ان الحق ثبت له في
كل الدار والحق اذا ثبت لا يسقط الا بالاسقاط ولم يوجد فبقي كما كان فان شا
اخذ الكل بالشفعة وان شا ترك وجواب محمد رحمه الله عن هذا انه وجد منه
الاسقاط في النصف الذي لم يطلب من طريق الدلالة على ما بينا والله اعلم
واما الضروري فهو ان يموت بعد الطلبين قبل الاخذ بالشفعة فتبطل شفعته
وهذا عندنا وعند الشافعي لا تبطل ولوارثه حق الاخذ فلقب المسالة ان خيار
الشفعة هل يورث عندنا لا يورث وعنده يورث والكلام فيه من الجانبين
على نحو الكلام في خيار الشرط وقد تقدم ذكره في كتاب البيع ولا يبطل بموت
المشتري وللشفيع ان ياخذ من وارثه لان الشفعة حق على المشتري الا ترى انه
مجبور عليه في التملك فلا يسقط بموته كحق الرد بالعيب **فصل** واما
بيان ما يملك به المشفوع فيه فنقول وبالله التوفيق المشفوع فيه يملك
بالتملك وهو تفسير الاخذ بالشفعة فلا ملك للشفيع قبل الاخذ بل له حق الاخذ
والملك قبل الاخذ للمشتري لوجود سبب الملك فيه وهو الشرا فله ان يبني
ويغرس ويهدم ويقلع ويواجر ويطيب له الاجر وياكل من ثمار الكروم ونحو
ذلك وكذا له ان يبيع ويهب ويوصي واذا فعل ينفذ الا ان للشفيع ان ينقض ذلك بالاخذ
بالشفعة لان حقه سابق على تصرف المشتري فيمنع اللزوم ولو جعل المشتري
الدار مسجدا او مقبرة فللشفيع ان ياخذها بالشفعة وينقض ما صنع المشتري
كذا ذكر في الاصل وقال الحسن بن زياد بطلت شفعته وجه قوله ان المشتري

الشفعة صح
تسليما صح
ويهب صح

تصرف

تصرف في ملك نفسه فينفذ كما لو باع الا ان البيع ونحوه مما يحتمل النقض بعد وجوده
فنفذ ولم يلزم وهذه التصرفات مما لا تحتمل الانتقاض كالاعتاق فكان نفاذها
لزومها ولنا ان تعلق حق الشفيع بالمبيع يمنع من صيرورته مسجدا لان المسجد
ما يكون خالصا لله تعالى وتعلق حق العبد به يمنع خلوصه لله تعالى فيمنع صيرورته
مسجدا وله ان ياخذ الدار المشتراة بالشفعة لوجود السبب وهو جوار الملك او
الشركة في ملك المبيع وعلى هذا يخرج ما اذا اشترى دارا ولها شفيع فبيعت
دار الى جنب هذه الدار وطالب المشتري بالشفعة وقضي له بها ثم حضر الشفيع
يقضى له بالدار التي بجواره ويمضي القضا في الثانية للمشتري اما للشفيع فظاهر
واما للمشتري فلان الجوار كان ثابتا وقت البيع والقضا بالشفعة له لانه لا يتبين
ان حق اثر الملك لم يكن ثابتا كمن اشترى دارا ولها شفيع فقضي له بالشفعة ثم
باع داره التي بها يشفع انه لا يبطل القضا له بالشفعة لما قلنا كذا هذا ولو كان
الشفيع جار الدارين والمسالة بحالها يقضى له بكل الدار الاولى وبالنصف
من الثانية لانه جار خاص للدار الاولى فيختص بشفعتها وهو والمشتري جاران للدار
الثانية فيشتركان في شفعتها وشرى المشتري لا يبطل حقه في الشفعة ولانه
لا ينافيه بل يقرره على ما بينا فيما تقدم وروي عن ابي يوسف رحمه الله فيمن اشترى
نصف دار ثم اشترى رجل اخر نصفها الاخر فخاصمه المشتري الاول فقضي له
بالشفعة بالشركة ثم خاصمه الجار في الشفعتين جميعا ان الجار احق بشفعة النصف
الاول ولا حق له في النصف الثاني لانه جار النصف الاول فياخذه بالجوار والمشتري
شريك عند بيع النصف الثاني لثبوت الملك له في النصف الاول بسبب الشرا
وثبوت الحق للشفيع في النصف الاول لا يمنع ثبوت الملك للمشتري فيه فكان
شريكا عند بيع النصف الثاني والشريك مقدم على الجار وكذلك لو اشترى
نصفها الاخر رجل اخر فلم يخاصمه فيه حتى اخذ الجار النصف الاول فالجار
احق بالنصف الثاني لان الملك وان ثبت للمشتري الاول في النصف الاول
لكنه قد بطل باخذ الجار بالشفعة فبطل حقه في الشفعة ولو ورث رجل
دارا فبيعت دار بجنبها فاخذها بالشفعة ثم بيعت دار الى جنب الثانية فاخذ
بالشفعة ثم استحقت الدار الموروثة وطلب المستحق الشفعة فان المستحق ياخذ
الدار الثانية والوارث احق بالثالثة لان بالاستحقاق تبين ان الدار التي يشفع
بها الوارث كان ملكا للمستحق فتبين ان الوارث اخذ الثانية بغير حق اذ تبين
انه لم يكن جارا فكانت الشفعة في الثانية للمستحق والوارث يكون احق بالثالثة

الا انه بطل بعد ذلك باخذ الشفيع الدار بالشفعة وهذا لا يوجب بطلان القضاء بالشفعة صح

نصفها ثم اشترى نصفها لما قلنا ولو اشترى نصفها ثم اشترى صح

ها

لان الملك كان ثابتا للوارث عند بيع الثالثة فكان السبب وهو جوار الملك ثابتا له
عنده ثم بطل بالاستحقاق وبطلان الملك لا يوجب بطلان الشفعة وليس
للشفيع ان ينقض قسمة المشتري حتي لو اشتري نصف دار من رجل مشاعا
وقاسم المشتري البايع ثم حضر الشفيع فالقسمة ماضية ليس للشفيع ان
ينقضها لياخذ نصفها مشاعا سوا كانت قسمته بقضا او بغير قضا لان القسمة
من تمام القبض ولهذا لم تصح هبة المشاع فيما يحتمل القسمة لان القبض
شرط صحة الهبة والقبض علي التمام لا يتحقق مع الشياع واذا كانت القسمة
من تمام القبض فالشفيع لا يملك نقض القبض بان اشتري دارا وقبضها ثم
حضر الشفيع فاراد ان ينقض قبضه لياخذها من البايع لم يملك ذلك واذا لم
يملك نقض القبض لا يملك نقض ما به تمام القبض وهو القسمة بخلاف ما اذا
كانت الدار مشتركة بين اثنين باع احدهما نصيبه من رجل فقاسم المشتري
الشريك الذي لم يبع ثم حضر الشفيع ان له ان ينقض القسمة لان القسمة هناك
ليست من جملة القبض لانها حكم البيع الاول لان البيع الاول كما اوجب الملك
اوجب القسمة في المشاع والبيع الاول لم يقع مع هذا المشتري الذي قاسم
فلم تكن هذه القسمة بحكم العقد بل بحكم الملك والتصرف بحكم الملك يملك
الشفيع نقضه كالبيع والهبة وللشفيع ان ياخذ النصف الذي اصاب المشتري
بالشفعة سوا وقع نصيب المشتري من جانب الشفيع او من جانب اخر لان
الشفعة وجبت في النصف المشترا والنصف الذي اصاب المشتري هو
المشترا لان القسمة افراز ولو وقع نصيب البايع من جانب الشفيع فباعه
بعد القسمة قبل طلب الشفيع الشفعة الاولي ثم طلب الشفيع فان قضا القاضي
بالشفعة الاخيرة جعل نصف البايع بين الشفيع وبين المشتري وقضي بالشفعة
الاولي وهو نصف المشترا للشفيع لان الشفيع مع المشتري جاران للنصف
البايع والشفيع جار خاص لنصف المشتري ولو بدا فقضي للشفيع بالشفعة
الاولي وقضي له بالاخيرة ايضا لانه لما قضي له بالشفعة الاولي بطل جوار المشتري
فلم يبق له حق الاخذ بالشفعة والله اعلم وللشفيع ان يرد المشفوع فيه
بخيار الروية والعيب وللمشتري حق الحبس لاستيفا الثمن لان الملك فيه لما كان
يثبت بالتملك ببدل كان الاخذ بالشفعة شرا فيراعي فيه احكام البيع والشرا
والله اعلم **فصل** واما بيان طريق التملك بالشفعة وبيان كيفيته فالتملك
بالشفعة يكون باحد طريقين اما بتسليم المشتري واما بقضا القاضي اما

التملك

التملك بالتسليم فظاهر لان الاخذ بتسليم المشتري برضاه ببدل يبذله الشفيع
وهو الثمن تفسير الشرا والشرا تملك واما بقضا القاضي فالكلام فيه في ثلاثة
مواضع في بيان كيفية التملك بالقضا بالشفعة وفي بيان شرط جواز القضا
بالشفعة (وفي بيان وقت القضاء بالشفعة صح) اما الاول فالمبيع لا يخلوا اما ان يكون في يد البايع واما ان يكون
في يد المشتري فان كان في يد البايع ذكر الكرخي ان القاضي اذا قضي بالشفعة
ينتقض البيع الذي كان بين البايع وبين المشتري في المشهور من قولهم وروي
عن ابي يوسف انه لا ينتقض واختلف المشايخ فيه قال بعضهم البيع لا ينتقض
بل تتحول الصفقة الي الشفيع وقال بعضهم ينتقض البيع الذي جري بين البايع
وبين المشتري وينعقد للشفيع بيع اخر كانه كان من البايع ايجابان احدهما
مع المشتري والاخر مع الشفيع فاذا قضي القاضي بالشفعة فقد قبل الشفيع
الايجاب الذي اضيف اليه وانتقض ما اضيف الي المشتري سوا قبل المشتري
الايجاب الذي اضيف اليه او لم يقبل وجه قول من قال بالتحول لا بالانتقاض
ان البيع لو انتقض لتعذر الاخذ بالشفعة لانه من شرايط وجوب الشفعة واذا
واذا انتقض لم تجب فتعذر الاخذ والله اعلم وجه قول من قال انه ينتقض
نص محمد رحمه الله والمعقول والاحكام اما الاول فقد ذكر محمد رحمه الله وقال
انتقض البيع فيما بين البايع والمشتري وهذا نص في الباب واما المعقول
فمن وجهين احدهما ان القاضي اذا قضي بالشفعة قبل القبض فقد عجز
المشتري عن قبض المبيع والعجز عن قبض المبيع يوجب بطلان البيع لخلوه
عن الفايدة كما اذا هلك المبيع قبل القبض والثاني ان الملك قبل الاخذ بالشفعة
للمشتري لوجود اثار الملك في حقه علي ما بينا فيما تقدم ولو تحولت تلك
الصفقة الي الشفيع لم يثبت (الملك صح) للمشتري واما الاحكام فان للشفيع ان يرد الدار
علي من اخذها منه بخيار الروية واذا رد عليه لا يعود شرا المشتري ولو
تحولت الصفقة الي الشفيع لعاد شرا المشتري لان التحول كان لضرورة
مراعاة حق الشفيع ولما رد فقد زالت الضرورة فينبغي ان يعود الشرا ولانها
لو تحولت اليه لصار المشتري وكيلا للشفيع لان عقده يقع له ولو كان كذلك
لما ثبت للشفيع خيار الروية اذا كان المشتري راها قبل ذلك ورضي بها
لان خيار الروية يبطل بروية الوكيل ورضاه وكذا لو كان الشرا بثمن موجل
فاراد الشفيع ان ياخذها للحال ياخذ بثمن حال ولو تحولت الصفقة اليه لاخذها
بثمن موجل وكذا لو اشتراها علي ان البايع بري من كل عيب بها عند البيع ثم

اخذ ها الشفيع فوجد بها عيبا فله ان يردها على من اخذ ها منه ولو تحولت
تلك الصفقة الى الشفيع لما ثبت له حق الرد كما لم يثبت للمشتري فدلت هذه
المسايل على ان شرى المشتري ينتقض ويا خذ ها الشفيع بشرا مبتدا
بعد ايجاب مبتدا يضاف اليه والله اعلم وقد خرج الجواب عن قولهم ان
البيع لو انتقض لتعذر الاخذ بالشفعة لانه لا ياخذ تلك الصفقة
لانتقاضه بل بعقد مبتدا مقدر بين البايع وبين الشفيع على ما بينا م بره نقر

وسبق صح

والله الموفق وان كان المبيع في يد المشتري اخذه منه ودفع الثمن اليه
والبيع الاول صحيح لان التملك وقع على المشتري فيجعل كانه اشتراه منه ثم
اذا اخذ الدار من يد البايع يدفع الثمن الى البايع وكانت العهدة عليه ويسترد
المشتري الثمن من البايع ان كان قد نقد وان اخذها من يد المشتري
دفع الثمن الى المشتري وكانت العهدة عليه لان العهدة هي حق الرجوع
بالثمن عند الاستحقاق فتكون على من قبض الثمن وروي عن ابي يوسف
ان المشتري اذا كان نقد الثمن ولم يقبض الدار حتى قضى الشفيع بمحضر
منهما ان الشفيع ياخذ الدار من البايع وينقد الثمن للمشتري والعهدة
على المشتري وان كان لم ينقد دفع الشفيع الثمن الى البايع والعهدة
على البايع لانه اذا كان نقد الثمن الى البايع فالتملك لا يقع على البايع اصلا
لانه لا ملك له ولا يد ايضا لبطلان حق الحبس بنقد الثمن فيقع على
المشتري فيكون الثمن له والعهدة عليه واذا كان لم ينقد فللبايع حق
الحبس فلا يتمكن الشفيع من قبض الدار الا بدفع الثمن الى البايع فكانت
العهدة على البايع والله اعلم واما شرط جواز القضا بالشفعة فحضرة المقضي
عليه لان القضا على الغايب لا يجوز وجملة الكلام فيه ان المبيع اما ان يكون
في يد البايع واما ان يكون في يد المشتري فان كان في يد البايع فلا بد
من حضرة البايع والمشتري جميعا لان كل واحد منهما خصم اما البايع فباليد
واما المشتري فبالملك فكان كل واحد منهما مقضيا عليه فيشترط
حضرتهما لئلا يكون قضا على الغايب من غير ان يكون عنه خصم حاضر
واما ان كان في يد المشتري فحضرة البايع ليست بشرط ويكتفي بحضرة
المشتري لان البايع خرج من ان يكون خصما لزوال ملكه ويده عن المبيع
فصار كالاجنبي وكذا حضرة الشفيع او وكيله شرط جواز القضا له بالشفعة
لان القضا على الغايب كما لا يجوز فالقضا للغايب لا يجوز ايضا ثم القاضي اذا

قضي

بلغ

قضي بالشفعة ثبت الملك للشفيع ولا يقف ثبوت الملك له على التسليم لان
الملك للشفيع ثبت بالتملك بمنزلة الشرا والشرا الصحيح يوجب الملك بنفسه
واما وقت القضا بالشفعة فوقته وقت المنازعة في الشفعة والمطالبة بها
واذا طالب بها الشفيع يقضي القاضي له بالشفعة سوا احضر الثمن او لا في
ظاهر الرواية وللمشتري ان يحبس الدار ليستوفي الثمن من الشفيع وكذا الوارثه
لان التملك بالشفعة بمنزلة الشرا من المشتري وللبايع حق حبس المبيع
لاستيفا الثمن فان ابى ان ينقد حبسه القاضي لانه ظهر ظلمه بالامتناع من
ايفا حق واجب عليه فيحبسه ولا ينقض الشفعة كالمشتري اذا امتنع من اداء
الثمن انه يحبس ولا ينقض البيع وان طلب اجلا لنقد الثمن اجله يوما او يومين
او ثلاثة لانه قد لا يمكنه النقد للحال فيحتاج الى مدة يتمكن فيها من النقد
فيمهله ولا يحبسه لان الحبس جزا الظلم بالمطل ولم يظهر مطله فان مضى
الاجل ولم ينقد حبسه وقال محمد ليس ينبغي للقاضي ان يقضي بالشفعة
حتى يحضر الشفيع المال فان طلب اجلا اجله يومين او ثلاثة ايام ولم
يقض له بالشفعة فان قضى بالشفعة ثم ابى الشفيع ان ينقد حبسه وهذا
عندي ليس باختلاف على الحقيقة وللقاضي ان يقضي بالشفعة م حتى يحضر الشفيع
المال لا يدل على انه ليس له ان يقضي بل هو اشارة الى نوع احتياط واختيار
الاولى ولا يستعمل لفظ لا ينبغي ط الا في مثله ولهذا لو قضى جاز ونفذ قضاوه
نص عليه محمد رحمه الله وليس ذلك لكونه محل الاجتهاد لان قضا القاضي
بمذهب المخالف في المجتهدات ٤ بشرط اعتقاد اصابته فيه وافضا اجتهاده
اليه وقد اطلقوا القضية في النفاذ من غير هذا الشرط فدل انه لا خلاف
في المسالة على التحقيق ثم ان ثبت الخلاف فوجه قول محمد ان حق الشفعة
انما ثبت لدفع ضرر الدخيل عن الشفيع والقضا قبل احضار الثمن يتضمن
الضرر بالمشتري لاحتمال افلاس الشفيع ودفع الضرر عن الانسان باضرار
غيره متناقض فلا يقضي قبل الاحضار ولكنه يوجله يومين او ثلاثة ان طلب
التاجيل تمكينا له من نقد الثمن وجه ظاهر الرواية ان الشفيع يصير
متملكا المشفوع فيه بمقتضى القضا بالشفعة كانما اشتراه منه والتملك بالشرا
لا يقف على احضار الثمن كما في الشرا المبتدا وقال محمد رحمه الله لو ضرب له
القاضي اجلا فقال له ان لم تات بالثمن الى وقت كذا فلا شفعة لك فلم يات
به بطلت شفعته وكذا اذا قال الشفيع ان لم اعطك الثمن الى وقت كذا فانا

م قبل احضار الثمن بلا خلوف
لان لفظ محمد رحمه الله
وليس ينبغي للقاضي ان
يقضي بالشفعة صح
ط في الكتب صح
٤ انما ينفذ صح

م فصل صح

بري من الشفعة لان هذا تعليق اسقاط حق الشفعة بالشرط والاسقاطات
ما تحتمل التعليق بالشرط كالطلاق والعتاق ونحو ذلك والله اعلم واما
بيان شرط التملك فالتملك بالشفعة له شرطان احدهما رضى المشتري او
قضا القاضي لان تملك مال الغير لا سبيل اليه في الشرع الا بالتراضي او بقضا
القاضي فلا يثبت التملك بدونهما والثاني ان لا يتضمن التملك تفريق الصفقة
على المشتري فان تضمن ليس له ان يتملك لان في التفريق ضررا بالمشتري
وهو ضرر الشركة ودفع الضرر بالضرر متناقض وعلى هذا يخرج ما اذا
اراد الشفيع ان ياخذ بعض المشترا بالشفعة دون البعض انه هل يملك ذلك
فجملة الكلام فيه ان المشتري لا يخلوا اما ان يكون عينا ممتازا بعضه عن
البعض واما ان لا يكون فان لم يكن بان اشترى دارا واحدة فاراد الشفيع
ان ياخذ بعضها دون البعض او ياخذ الجانب الذي يلي الدار دون الباقي ليس له
ذلك بلا خلاف بين اصحابنا رحمهم الله ولكنه ياخذ الكل او يدع لانه لو
اخذ البعض دون البعض لتفرقت الصفقة على المشتري لان الملك له في كل
الدار ثبت بقبول واحد فكان اخذ البعض تفريقا فلا يملكه الشفيع
وسوا اشترى واحد من واحد او واحد من اثنين او اكثر حتى لو اراد
الشفيع ان ياخذ نصيب احد البايعين ليس له ذلك لما قلنا سوا كان
المشتري قبض او لم يقبض في ظاهر الرواية عن اصحابنا وروي عنهم ان
للشفيع ان ياخذ نصيب احد البايعين قبل القبض وليس له ان ياخذ من
المشتري نصيب احدهما بعد القبض وجه هذه الرواية ان التملك
قبل القبض لا يتضمن معنى التفريق لان التملك يقع على البايع وقد
خرج نصيبه عن ملكه فلا يلزمه ضرر التفريق وهو ضرر الشركة بخلاف
ما بعد القبض لان التملك بعد القبض يقع على المشتري الا ترى ان العهدة
عليه وفيه تفريق ملكه والصحيح جواب ظاهر الرواية لان الملك قبل
القبض للمشتري بصفقة واحدة فتملك نصيب احد البايعين تفريق ملكه
فيلزم ضرر الشركة ولو اشترى رجلان من رجل دارا فللشفيع ان ياخذ
نصيب احد المشتريين في قولهم جميعا لان الاخذ هاهنا لا يتضمن التفريق لان
الصفقة حصلت متفرقة وقت وجودها اذ الملك في نصيب كل واحد منهما
ثبت بقبوله فلم تتحد الصفقة فلا يقع الاخذ تفريقا لحصول التفرق قبله
وسوا كان قبل القبض او بعده في ظاهر الرواية وروي انه ليس للشفيع ان

ياخذ

ياخذ قبل القبض الا الكل وبعد القبض له ان ياخذ نصيب احد المشتريين
وجه هذه الرواية ان اخذ البعض قبل القبض يتضمن تفريق اليد على
البايع والتملك قبل القبض لا يتضمن التفريق لان التملك يقع على البايع
وانه لا يجوز الا ترى ان احد المشتريين لو اراد ان يقبض حصته دون
صاحبه ليس له ذلك وجه ظاهر الرواية ما ذكرنا ان الصفقة حصلت
متفرقة من الابتدا فلا يكون اخذ البعض تفريقا لحصول التفرق قبل
الاخذ وقوله فيه تفريق اليد وهو القبض ممنوع فان الشفيع يتملك نصيب
احد المشتريين بالشفعة ولكنه لا تتفرق اليد حتى انه لو نقد الثمن ليس
له ان يقبض احد النصيبين ما لم ينقد الاخر كيلا يتفرق القبض
وسوا سمى لكل نصيب ثمنا على حدة او سمى للكل ثمنا واحدا فالعبرة
لاتحاد الصفقة وتعددها لا لاتحاد الثمن وتعدده لان المانع من التفريق
هو الضرر والضرر ينشا عن اتحاد الصفقة لا عن اتحاد الثمن وسوا
كان المشتري عاقدا لنفسه او لغيره في الفصلين جميعا حتى لو وكل رجلان
رجلا واحدا بالشرا فاشترى الوكيل من رجلين فجا الشفيع ليس له ان
ياخذ نصيب احد البايعين بالشفعة ولو وكل رجل واحد رجلين
فاشتريا من واحد فللشفيع ان ياخذ من واحد او اثنين او ثلاثة في
محمد رحمه الله انما نظر في هذا الى المشتري ولا ينظر الى المشترى له وهو
نظر صحيح لان الاخذ بالشفعة من حقوق البيع وانها الى الوكيل فكانت
العبرة لاتحاد الوكيل وتعدده دون الموكل والله اعلم وان كان المشتري
بعضه ممتازا عن البعض بان اشترى دارين صفقة واحدة فاراد الشفيع
ان ياخذ احداهما دون الاخرى فان كان شفيعا لهما جميعا فليس له ذلك
ولكنه ياخذهما جميعا او يدعهما وهذا قول اصحابنا الثلاثة وقال زفر
له ان ياخذ احداهما بحصتها من الثمن وجه قوله ان المانع من اخذ البعض
دون البعض هو لزوم ضرر الشركة ولم يوجد هاهنا لانفصال كل واحدة
من الدارين عن الاخرى ولنا ان الصفقة وقعت مجتمعة لان المشتري
ملك الدارين بقبول واحد فلا يملك الشفيع تفريقها كما في الدار الواحدة
وقوله ليس فيه ضرر الشركة نعم لكن فيه ضرر اخر وهو ان الجمع بين
الجيد والردي في الصفقة معتاد فيما بين الناس فلو ثبت له حق اخذ احدا
لاختار واخذ الجيد فيتضرر المشتري لان الردي لا يشترى وحده بمثل

ل
م ان ياخذ ما اشتراه احد
الوكيلين وكذا الوكلا لو
عشرة اشتروا الرجل واحد
فللشفيع صح

هما

ما يشتري مع الجيد فيتضرر به وسوا كانت الدار ان متلاصقتين او متفرقتين في مصر واحد او مصرين فهو على الاختلاف لما ذكرنا من المعنى في الجانبين وان كان الشفيع شفيعا لاحداهما دون الاخرى ووقع صفقة واحدة فهل له ان ياخذ الكل بالشفعة روى عن ابي حنيفة انه ليس له ان ياخذ الا التي تجاوره بالحصة وكذا روي عن محمد في الدارين المتلاصقتين اذا كان الشفيع جار الاحد هما انه ليس له الشفعة الا فيما يليه وكذا روى عن محمد رحمه الله في الاقرحة المتلاصقة وواحد منها يلي ارض انسان وليس في الاقرحة طريق ولا نهر انما هي مسناة انه لا شفعة له الا في القراح الذي يليه خاصة وكذلك في القرية اذا بيعت بدورها واراضيها ان لكل شفيع ان ياخذ القراح الذي يليه وروى الحسن عن ابي حنيفة ان للشفيع ان ياخذ الكل في ذلك كله بالشفعة قال الكرخي رواية الحسن تدل على ان قول ابي حنيفة كان مثل قوله محمد ثم رجع عن ذلك فجعله كالدار الواحدة وجه الرواية الاولى ان سبب ثبوت الحق وهو الجوار وجد في احدهما وهو ما تليه فلا يملك الا اخذ احدهما والصفقة وان وقعت مجتمعة ولكنها اضيفت الى شيئين احدهما ثبت فيه حق الشفعة والاخر لم يثبت فيه فله ان يثبت فيه الحق كما اذا اشترى عقارا ومنقولا صفقة واحدة انه ياخذ العقار خاصة كذا هذا وجه الرواية الاخرى ان سبب الوجوب وان وجد فيما يليه دون الباقي لكن لا سبيل الى اخذه خاصة بدون الباقي لما فيه من تفريق الصفقة فياخذ ما يليه قضية للسبب وياخذ الباقي ضرورة التحرز عن تفريق الصفقة والله اعلم

فصل واما بيان ما يتملك به فنقول وبالله التوفيق ثمن المشترى لا يخلوا اما ان يكون مما له مثل كالمكيلات والموزونات والمعدودات المتقاربة واما ان يكون مما لا مثل له كالمذروعات والمعدودات المتفاوتة كالثوب والعبد ونحو ذلك فان كان مما له مثل فالشفيع ياخذ بمثله لان فيه تحقيق معنى الاخذ بالشفعة اذ هو تملك بمثل ما تملك به المشتري وان كان مما لا مثل له ياخذ بقيمته عند عامة العلماء وقال اهل المدينة ياخذ بقيمة المشترى وجه قولهم ان المصير الى قيمة المبيع عند تعذر ايجاب المسمى هو الاصل في الشريعة كما في البيع الفاسد وها هنا تعذر الاخذ بالمسمى فيصار الى قيمة الدار والعقار ولنا ان الاخذ بالشفعة تملك بمثل ما تملك به المشتري فان كان الثمن الذي تملك به المشتري من ذوات الامثال كان الاخذ بقيمته تملكا بالمثل معنى لان قيمته مقدار ماليته بتقويم المقومين لهذا سميت

م البيع صح

م ياخذ ما صح

م به تملكا بالمثل صورة ومعنى وان لم يكن من ذوات الامثال كان الاخذ صح

بقيمته

قيمته لقيامها مقامه فكان مثله معنى واما قيمة الدار فلا تكون مثل العبد والثوب لا صورة ولا معنى فالتملك بها لا يكون تملكا بالمثل فلا يتحقق معنى الاخذ بالشفعة والله اعلم ولو تبايعا دارا بدار فللشفيع كل واحدة من الدارين ان ياخذها بقيمتها لان الدار ليست من ذوات الامثال فلا يمكن الاخذ بمثلها فياخذ بقيمتها كالعبد والثوب وعلى هذا يخرج ما اذا اشترى دارا بعرض ولم يتقابضا حتى هلك العرض بطل البيع فيما بين البائع والمشتري وللشفيع الشفعة وكذلك لو كان المشتري قبض الدار ولم يسلم العرض حتى هلك اما بطلان البيع فيما بين البائع والمشتري فلان العرض مبيع اذ المبيع في الاصل ما يتعين بالتعيين في البيع والعرض يتعين بالتعيين في البيع فكان مبيعا وهلاك المبيع قبل القبض يوجب بطلان البيع لتعذر التسليم بعد الهلاك فلم يكن في بقاء العقد فائدة فيبطل واما بقاء الشفعة للشفيع فلان الواجب عليه قيمة العرض لا عينه والقيمة مقدور التسليم في حقه فكان بقاء العرض في حق الشفيع وهلاكه بمنزلة واحدة ثم الشفيع انما ياخذ بما وجب بالعقد لا بما اعطى بدلا عن الواجب لما ذكرنا ان الاخذ بالشفعة تملك بمثل ما تملك به المشتري والمشتري تملك المبيع بالمسمى وهو الواجب بالعقد فياخذ الشفيع به حتى لو اشترى الدار بالدراهم او الدنانير لا بالعرض لان الدراهم او الدنانير هي الواجبة بالعقد واما العرض فانما اخذه البائع بعقد اخر وهو الاستبدال فلم يكن واجبا بالعقد فصار كان الواجب البائع اشترى بالثمن عرضا ابتداء ثم حضر الشفيع ولو كان كذلك لكان ياخذ بالثمن لا بالعرض كذا هذا والله اعلم ولو زاد المشتري البائع في الثمن فالزيادة لا تلزم الشفيع لان الشفيع انما ياخذ بما وجب بالعقد والزيادة ما وجبت بالعقد في حق الشفيع لانعدامها وقت العقد حقيقة الا انها جعلت موجودة وقت العقد في حق المتعاقدين تصحيحا لتصرفهما ولا يظهر الوجود في حق الشفيع فلم تكن الزيادة ثمنا في حقه بل كانت هبة مبتداة فلا تتعلق بها الشفعة كالهبة المبتداة ولو حط البائع عن المشتري بعض الثمن او ابراه عن البعض فالشفيع ياخذها بما بقي لان حط بعض الثمن وابراه عن البعض يلتحق باصل العقد ويظهر في حق الشفيع لان العقد ما ورد الا على هذا القدر بخلاف الزيادة فان التحاقها لا يظهر في حق الشفيع لما بينا ولان في تصحيح الزيادة ثمنا في حق الشفيع ضررا به ولا ضرر عليه في الحط ولو حط جميع الثمن ياخذ الشفيع بجميع الثمن ولا يسقط عنه شي لان حط كل الثمن لا يلتحق باصل العقد

م اذا صح

م ثم دفع مكانها عرضا فالشفيع ياخذ بالدراهم او الدنانير صح

م حق صح

لانه لو التحق لبطل البيع لانه يكون بيعا بلا ثمن فلم يصح الحط في حق الشفيع والتحق
في حقه بالعدم فياخذ بجميع الثمن وصح في حق المشتري وكان ابراه عن الثمن
ولو اشتري دارا بثمن موجل فالشفيع بالخيار ان شا اخذها بثمن حال وان
شا انتظر مضي الاجل فاخذها عند ذلك وليس له ان ياخذها للحال بثمن
موجل لان الشفيع انما ياخذ بما وجب بالبيع والاجل لم يجب بالبيع وانما وجب
بالشرط والشرط لم يوجد في حق الشفيع ولهذا لم يثبت خيار المشتري للشفيع
بان اشتري علي انه بالخيار لان ثبوته بالشرط ولم يوجد من الشفيع وكذا البراة
عن العيب لا تثبت في حق الشفيع لان ثبوتها بالشرط ولم يوجد من الشفيع كذا
هذا وله ان يمتنع من الاخذ في الحال لان الشفيع غير مجبور علي الاخذ بالشفعة
ولو اختار الشفيع اخذ الدار بثمن حال كان الثمن للبايع علي المشتري الي اجله لان
الاخذ من المشتري تملك منه بمنزلة التملك المبتدا كانه اشتري منه فلا يوجب
بطلان البيع الاول فبقي العقد الاول علي حاله فكان الثمن علي حاله الي اجله وروي
عن ابي يوسف في شرا الدار بثمن موجل انه يجب علي الشفيع ان يطلب عند علمه
بالبيع فان سكت الي حين محل الاجل فذلك تسليم منه ثم رجع وقال اذا طلب
عند حل الاجل فله الشفعة وان لم يطلب عند علمه بالبيع وجه قوله الاول ان
وقت الطلب هو وقت العلم بالبيع واخره الي حل الاجل فقد اخره عن وقته من
غير عذر فبطل الحق وجه قوله الاخر ان الطلب لا يراد لعينه بل لتاكد
الحق واستقراره والتاكد لا يراد لنفسه بل لامكان الاخذ وله ان لا ياخذ
قبل حل الاجل فله ان لا يطلب قبل حله ايضا والله الموفق للصواب **فصل**
واما بيان ما يتملك بالشفعة فالذي يتملكها الشفيع بالشفعة هو الذي ملكه
المشتري بالشرا سوا ملكه اصلا او تبعا بعد ان يكون متصلا وقت التملك بالشفعة
وذلك نحو البنا والشجر والزرع والثمر وهذا استحسان والقياس انه لا ياخذ البنا
والشجر والزرع والثمر بالشفعة ووجه القياس ان الشفيع انما يملك ما ثبت فيه
حق الشفعة وانه يثبت في العقار لا في المنقول وهذه الاشيا منقولة فلم يثبت
فيها الحق فلا يتملك بالشفعة وخاصة الزرع والثمر لانهما مبيعان مقصودان لا يدخلان
في العقد فلم يثبت الحق فيهما لا اصلا ولا تبعا ولنا ان الحق اذا ثبت في العقار يثبت
فيما هو تبع له لان حكم التبع حكم الاصل وهذه الاشيا تابعة للعقار حالة
الاتصال اما البنا والشجر فظاهران لان قيامهما بالارض وكان تبعا للارض
بواسطة الشجر فيثبت الحق فيهما تبعا فيملكهما بالشفعة بطريق التبعية الا انهما

م لا وقت حل الاجل بل ذلك وقت الاخذ بالشفعة وانه يجوز بعد الطلب فاذا لم يطلب عند العلم بالبيع صح

م من غير تسمية صح

م وكذلك الزرع والثمر لان قيام الزرع بالارض وقيام الثمر بالشجر وقيام الشجر بالارض

لا يدخلان في العقد الا بالتسمية مع وجود التبعية حقيقة بالنص وهو ما روينا
في كتاب البيوع عن رسول الله صلي الله عليه وسلم انه قال من باع نخلا قد ابرت
فثمرتها للبايع الا ان يشترطها المبتاع فما دام البنا والشجر متصلا بالارض
فللشفيع ان ياخذ الارض معه بالثمن الاول بخلاف ما اذا كان الزرع او مستحصدا
اذا كان الزرع متصلا فاما اذا زال الاتصال ثم حضر الشفيع فلا سبيل
للشفيع عليه وان كان عينه قايمة سوا كان الزوال بافة سماوية او بصنع
المشتري او بصنع الاجنبي لان حق الشفعة في هذه الاشيا انما ثبت معدولا به
عن القياس معلولا بالتبعية وقد زالت التبعية بزوال الاتصال فيرد الحكم فيه الي
اصل القياس وهل يسقط عن الشفيع حصته من الثمن هذا لا يخلو اما ان
كان مما يدخل في العقد من غير تسمية واما ان كان مما لا يدخل فيه الا بالتسمية
فان كان مما يدخل في العقد من غير تسمية كالبنا والشجر ينظر ان كان زوال
الاتصال بافة سماوية بان احترق البنا او غرق او جف شجر البستان لا يسقط
شي من الثمن والشفيع بالخيار ان شا اخذ الارض بجميع الثمن وان شا تركه ولذلك
لو انهدم منه الدار سوا بقي عين النقض او هلك كذا ذكر القدوري في مختصره
وسوي بينه وبين الغرق والحرق وفرق الكرخي وقال اذا احترق او
غرق ولم يبق منه شي لا يسقط شي من الثمن وان انهدم يسقط عن الشفيع
حصته من الثمن وسوي بينه وبينما اذا انهدم بفعل المشتري او الاجنبي
لكنه فرق بينهما من وجه اخر وهو ان هناك تعتبر قيمته متصلا
فيقسم الثمن علي قيمة البنا مبنيا وعلي قيمة الارض فياخذ الارض بحصتها من
الثمن وهاهنا يعتبر منفصلا ساقطا ويسقط ذلك القدر من الثمن والصحيح
ما ذكره القدوري لان البنا تبع والاتباع لا حصة لها من الثمن الا ان تصير
مقصودة بالفعل وهو الاتلاف او القبض ولم يوجد ولهذا لو احترق او
غرق لا يسقط شي من الثمن كذا هذا وان كان زوال الاتصال بفعل المشتري
او الاجنبي بان هدم البنا او قطع الشجر تسقط حصته من الثمن لانه صار مقصودا
بالاتلاف فصار له حصة من الثمن كاطراف العبد ويقسم الثمن علي قيمة البنا
مبنيا وعلي قيمة الارض لانه انما يسقط حصة البنا وصار مضمونا عليه بفعله
وهو الهدم والهدم صادفه وهو مبني فتعتبر قيمته مبنيا بخلاف ما اذا انهدم
بنفسه علي رواية الكرخي لانه انهدم لا بصنع احد فيعتبر حاله يوم الانهدام
ولو لم يهدم المشتري البنا لكنه باعه بغير ارض ثم حضر الشفيع كان حق

م وكذا له ان ياخذ الارض مع الثمر والزرع بالثمن الاول صح

بالبناوالارض فياخذ وينتقض البيع في البنا لانه باع البنا وحق الشفيع متعلق
به تبعا للارض لوجود الاتصال فكان بسبيل من ابطال البيع كالو باع الاصل
وهو الارض ثم حضر الشفيع ان له ان ياخذ وينقض البيع لما قلنا كذا هذا وان كان
مما لا يدخل في العقد الا بالتسمية كالثمر والزرع يسقط عن الشفيع حصته من
الثمن سوا كان زوال الاتصال بصنع العبد او بافة سماوية بخلاف الفصل
الاول اذا احترق البنا او غرق او انهدم على رواية القدوري انه لا يسقط
شي من الثمن لان البنا مبيع تبعا لا مقصود الثبوت حكم البيع فيها تبعا لا مقصودا
بالتسمية والاتباع ما لها حصة من الثمن الا اذا صارت مقصودة بالفعل ولم
يوجد فاما الثمر والزرع فكل واحد منهما مبيع مقصود الا يرى انه لا يدخل
في العقد من غير تسمية فلا بد وان تخصه شي من الثمن فاذا هلك يهلك بحصته
من الثمن سوا هلك بنفسه او بالاستهلاك لما قلنا وتعتبر قيمته يوم العقد
لانه اخذ الحصة بالعقد فتعتبر قيمته يوم العقد فيقسم الثمن على قيمة الارض
وعلى قيمة الارض الزرع وقت العقد لكنه كيف يعتبر قيمتها وقت العقد
مفصولا مجذوذا ام قايما روي عن ابي يوسف انه يعتبر قيمة الزرع وهو
بقل مفصول ومجذوذ فيسقط عنه ذلك القدر وروي عن محمد في النوادر
انه يعتبر قيمته قايما فتقوم الارض وفيها الزرع والثمر وتقوم وليس فيها
الزرع والثمر فيسقط عن الشفيع ما بين ذلك وجه قول محمد ان الزرع
دخل في العقد وهو متصل وثبت الحق فيه وهو متصل وكذا الثمر فيعتبر
قيمتها على صفة الاتصال على ان في اعتبار حالة الانفصال اضرارا بالشفيع اذ
ليس للفصيل والتمر المجذوذ كثير قيمة فيتضرر به الشفيع وجه
قول ابي يوسف ان حق الشفيع انما سقط بعد زوال الاتصال فيعتبر قيمتها
منفصلا لا متصلا وكذا لو كانت الارض مبذورة ولم يطلع الزرع بعد ثم طلع
فقصله المشتري عند ابي يوسف يقسم الثمن على قيمة البذر وعلى قيمة الارض
فيسقط قدر قيمة البذر من الثمن وعند محمد تقوم الارض مبذورة وغير
مبذورة فيسقط عنه ما بين ذلك والله اعلم ثم اذا اخذ الشفيع الارض
مع الشجر بحصتها من الثمن وبقيت الثمرة في يد البايع هل يثبت الخيار للمشتري
ذكر محمد رحمه الله ان الثمرة لازمة للمشتري ولا خيار له ولو كان البايع اتلف
اتلف الثمرة قبل ان ياخذ الشفيع الارض بالشفعة فالمشتري بالخيار ان شا
اخذ الارض بحصتها من الثمن وان شا ترك لانه لما اتلف الثمرة فقد فرق الصفقة

على المشتري قبل التمام من غير رضاه وانه يوجب الخيار بخلاف ما اذا كان الشفيع
اخذ الارض بالشفعة لان التفريق هناك حصل برضى المشتري لان حق الشفيع
كان ثابتا في الماخوذ وانه حق لازم فكان التفريق هناك لضرورة حق ثابت
لازم شرعا فكان المشتري راضيا به والتفريق المرضي به لا يوجب الخيار والله
اعلم هذا اذا كانت هذه الاشيا موجودة عند العقد متصلة بالعقار ودام
الاتصال الى وقت التملك بالشفعة او زال ثم حضر الشفيع فاما اذا لم تكن
موجودة عند العقد وحدث بعده ثم حضر الشفيع فان كان الحادث مما ثبت
حكم البيع فيه تبعا وهو الثمر بان وقع البيع ولا ثمر في الشجر ثم اثمر بعد
ثم حضر الشفيع فما دام متصلا ياخذ الشفيع مع الارض بالثمن الاول استحسانا
ان شا وان شا ترك ولا يسقط شي من الثمن سوا كان زواله بافة سماوية
وهو قايم بعد الزوال او هالك او كان زواله بفعل احد اما اذا كان بافة سماوية
وهو قايم او هالك فلانه كان تبعا حالة الاتصال ولم يرد عليه فعل يصير به
مقصودا والتبع لا يصير له حصة من الثمن بدونه اما اذا كان الزوال بصنع
العبد بان جذه المشتري وهو قايم او مستهلك فلانه لم يرد عليه العقد ولا
القبض وان كان حدث في يد البايع فان كان الزوال بافة سماوية وهو قايم
او هالك فكذلك اخذ الشفيع الارض والشجر بجميع الثمن ان شا لانه لم يوجد
فعل يصير به مقصودا فيقابله الثمن وان كان بفعل البايع فان استهلكه
يسقط عن الشفيع حصته من الثمن لصيرورته مقصودا بالاتلاف وان كان
الحادث مما لا يثبت فيه حكم البيع راسا لا اصلا ولا تبعا بان بنى المشتري بنا
او غرس او زرع ثم حضر الشفيع يقضي له بشفعة الارض ويجبر المشتري
على قلع البنا والغراس وتسليم الساحة الى الشفيع الا اذا كان في القلع نقصان بالارض
فللشفيع الخيار ان شا اخذ الارض بالثمن والبنا والغراس بقيمته مقلوعا
وان شا اجبر المشتري على القلع وهذا جواب ظاهر الرواية وروي عن ابي
يوسف انه لا يجبر المشتري على قلع البنا والغرس ولكنه ياخذ الارض
بثمنها والبنا والغرس بقيمته قايما غير مقلوع ان شا وان شا ترك وبه
اخذ الشافعي واجمعوا على ان المشتري لو زرع في الارض ثم حضر الشفيع
انه لا يجبر المشتري على قلعه ولكنه ينتظر ادراك الزرع ثم يقضي له
بالشفعة فياخذ الارض بجميع الثمن وجه رواية ابي يوسف رحمه الله ان
في الجبر على النقض ضررا بالمشتري وهو ابطال تصرفه في ملكه وفيما قلنا مراعاة

لانه ثبت حكم البيع فيه تبعا لثبوته في الارض بواسطة الشجر فكان مبيعا تبعا فيثبت حق الشفعة تبعا سواء حدث في يد المشتري او في يد البايع لان التبعية موجودة في الحالين فاذا زال الاتصال ثم حضر الشفيع فان كان حدث في يد المشتري فالشفيع ياخذ الارض والشجر بالثمن الاول صح

بلغ

٥

الجانبين اما جانب المشتري فظاهر لان فيه صيانة حقه عن الابطال
واما جانب الشفيع فلانه ياخذ البنا بقيمته واخذ الشي بقيمته لا ضرر فيه
علي احد وجه ظاهر الرواية ان حق الشفيع كان متعلقا بالارض قبل البنا
ولم يبطل ذلك بالبنا بل بقي فاذا قضي له بالشفعة فقد صار ذلك الحق
ملكا له فهو مغرور بتسليم ملكه اليه ولا يمكنه التسليم الا بالنقض فهو مغرور
بالنقض ولهذا امر الغاصب والمشتري عند الاستحقاق بالنقض كذا هذا
قوله في النقض ضرر بالمشتري قلنا ان كان فيه ضرر فهو الذي اضر بنفسه
حيث بني علي محل تعلق به حق غيره ولو اخذ الشفيع الارض بالشفعة وبني
عليها ثم استحقت وامر الشفيع بنقض البنا فان الشفيع يرجع علي المشتري
بالثمن ولا يرجع عليه بقيمة البنا ان كان اخذ منه ولا علي البايع ان كان اخذ منه
في ظاهر الرواية وروي عن ابي يوسف انه يرجع عليه وجه هذه الرواية
ان الاخذ بالشفعة بمنزلة الشرا من المشتري ولو كان اشتراه لرجع عليه
كذا اذا اخذ بالشفعة له الرجوع بقيمة البنا في الشرا لوجود الغرور من
البايع وضمان السلامة للمشتري لان كل بايع مخبر للمشتري انه يبيع ملك
نفسه وشارط سلامة ما يبني فيه دلالة فاذا لم يسلم يرجع عليه بالضمان
المشروط دلالة اذ ضمان الغرر ورضا ان الكفالة في الحقيقة ولا غرور من
المشتري في حق الشفيع لانه مجبور علي التملك منه وحق الرجوع بضمان الغرور
علي المختار لا علي المجبور كالجارية الماسورة اذا اشتراها رجل فاخذها
المالك القديم بالثمن واستولدها ثم استحقت من يده وقضي عليه بالعقر
وقيمة الولد فانه يرجع علي المشتري بالثمن الذي دفعه اليه ولا يرجع
عليه بقيمة الولد ومثله اذا استولد جارية بالشري ثم استحقت فان
المشتري يرجع علي بايعه بالثمن وبقيمة الولد لصيرورته مغرورا من
جهته ولا غرور من المشتري من الحربي لكونه مجبورا في التملك عليه بما
اخذ من الحربي كذا هذا والله اعلم **فصل** واما بيان من يتملك منه
الشقص المشفوع فيه فالشفيع يتملك من الذي في يده ان كان في يد البايع
اخذ منه ودفع الثمن اليه والعهدة عليه وان كان في يد المشتري اخذ
منه ودفع الثمن اليه والعهدة عليه سوا كان المشتري عاقدا لنفسه او
لغيره بان كان وكيلا بالشرا وقبض الدار ثم حضره الشفيع وهذا جواب
ظاهر الرواية وروي عن ابي يوسف انه لا ياخذها من يد الوكيل وجه

بقيمة البنا صح

هذه

هذه الرواية ان الوكيل لم يشتر لنفسه وانما اشتري لموكله فلم يكن هو خصما بل
الخصم هو الموكل فلا ياخذ منه ولكن يقال له سلم الدار الي الموكل فاذا سلم
ياخذها الشفيع منه وجه ظاهر الرواية ان الشفعة من حقوق العقد وانها
راجعة الي الوكيل والوكيل في الحقوق اصل بمنزلة المشتري لنفسه فكان خصم
الشفيع فياخذ الدار بالثمن منه وكانت العهدة عليه وان كان الوكيل سلم الدار
الي الموكل ثم حضر الشفيع فانه ياخذ الدار من الموكل ويدفع الثمن اليه
وكانت العهدة عليه ولا خصومة للشفيع مع الوكيل لانه بالتسليم الي الموكل
زالت يده عن الدار فخرج من ان يكون خصما بمنزلة البايع اذا سلم الدار الي المشتري
انه لا خصومة للشفيع مع البايع لما قلنا كذا هذا غير ان الدار اذا كانت في يد
البايع لم يكن خصما ما لم يحضر المشتري واذا كانت في يد الوكيل يكون خصما
وان لم يحضر الموكل لان الوكيل بالتوكيل قام مقام الموكل والبايع ليس بقايم
مقام المشتري لانعدام ما يوجب ذلك ولو قال المشتري قبل ان يخاصمه
الشفيع في الشفعة انما اشتريت لفلان وسلم اليه ثم حضر الشفيع فلا
خصومة بينه وبين المشتري لانه اقر قبل ان يصير خصما للشفيع فصح
اقراره لانعدام التهمة فصار كما لو كانت الوكالة معلومة ولو اقر بذلك بعد
ما خاصمه الشفيع لم تسقط الخصومة عنه لانه متهم في هذا الاقرار لصيرورته
خصما للشفيع فلا يقبل في ابطال حقه ولو اقام بينة انه قال قبل الشرا انا
اشتري لفلان لا تقبل بينته لان هذه البينة لو صدقت لم تندفع الخصومة
عنه لانه لا يثبت بها الا الشرا لفلان وبهذا لا تندفع عنه الخصومة وروي
عن محمد رحمه الله انها لا تقبل لاثبات الملك للغايب وتقبل لدفع الخصومة
بينه وبين الشفيع حتي يحضر المقر له والله اعلم **فصل** واما بيان
حكم اختلاف الشفيع والمشتري فاختلافهما لا يخلو اما ان يرجع الي الثمن
واما ان يرجع الي المبيع واما ان يرجع الي صفة البيع اما الذي يرجع الي
الثمن فلا يخلو اما ان يقع الاختلاف في جنس الثمن واما ان يقع في قدره
واما ان يقع في صفته فان وقع في الجنس بان قال المشتري اشتريت بماية
دينار وقال الشفيع لا بل بالف درهم فالقول قول المشتري لان الشفيع يدعي
عليه التملك بهذا الجنس وهو ينكر فكان القول قول المنكر مع يمينه ولان
المشتري اعرف بجنس الثمن من الشفيع لان الشرا وجد منه لا من الشفيع
فكان اعرف به من الشفيع فيرجع في معرفته اليه وان وقع الاختلاف في قدر

عليه صح
لكن صح
ان صح
الجنس صح

الثمن بان قال المشتري اشتريت بالفين وقال الشفيع بالف فالقول قول
المشتري مع يمينه وعلي الشفيع البينة انه اشتراه بالف لان الشفيع يدعي
التملك علي المشتري بهذا القدر من الثمن والمشتري ينكر وكان القول قول
المنكر ولو صدق البايع الشفيع بان قال بعت بالف ينظر في ذلك ان كان
البايع ما قبض الثمن فالقول قول البايع والشفيع ياخذ بالالف سوا كان
المبيع في يد البايع او في يد المشتري اذا لم يكن نقد الثمن لان البايع اذا لم
يكن قبض الثمن فالتملك يقع عليه بتمليكه فيرجع في مقدار ما ملكه به الي
قوله ولان الشرا لو وقع بالف كما قال البايع اخذ الشفيع به وان وقع
بالفين كما قال المشتري كان قول البايع بعت بالف حط بعض الثمن
عن المشتري وحط بعض الثمن يصح ويظهر في حق الشفيع علي ما مر وان
كان البايع قبض الثمن لا يلتفت الي تصديقه والقول قول المشتري
لانه اذا قبض الثمن لم يبق له حق في المبيع اصلا وصار اجنبيا فالتحق تصديقه
بالعدم وقيل انه يراعي التقديم والتاخير في تصديق البايع فان بدا بالاقرار
بالبيع بان قال بعت الدار بالف وقبضت الثمن فالشفيع ياخذ بالف
وان بدا بالاقرار بقبض الثمن بان قال قبضت الثمن وهو الف لا يلتفت
الي قوله لانه لما بدا بالاقرار بالبيع فقال بعت بالف فقد تعلق به حق
الشفعة فهو بقوله قبضت الثمن يريد اسقاط حق متعلق بقوله فلا يصدق
واذا بدا بالاقرار بقبض الثمن فقد صار اجنبيا فلا يقبل قوله في مقدار
الثمن وروى الحسن عن ابي حنيفة رحمه الله ان المبيع اذا كان في يد البايع
فاقر بقبض الثمن وزعم انه الف فالقول قوله لان المبيع اذا كان في يد
البايع فالتملك يقع عليه فكان القول قوله في مقدار الثمن ولو اختلف
البايع مع المشتري والشفيع والدار في يد البايع او المشتري لكنه لم ينقد
الثمن فالقول في ذلك قول البايع والبايع مع المشتري يتحالفان ويترادان
والشفيع ياخذ الدار بما قال البايع ان شا اما التحالف والتراد فيما بين البايع
والمشتري فلقوله صلي الله عليه وسلم اذا اختلف المتبايعان تحالفا وترادا
واما اخذ الشفيع بقول البايع ان شا فلانه اذا لم يقبض الثمن فالتملك يقع عليه
فكان القول في مقدار الثمن في حق الشفيع قوله وان كان البايع قد قبض الثمن
فلا يلتفت الي قوله لانه صار اجنبيا علي ما بينا هذا اذا لم يكن لاحدهما بينة
لا للشفيع ولا للمشتري فان قامت لاحدهما بينة لا للشفيع ولا للمشتري فان

الثمن صح

قامت

قامت لاحدهما بينة قبلت وان اقاما جميعا البينة فالبينة بينة الشفيع عند
ابي حنيفة ومحمد وعند ابي يوسف بينة المشتري وجه قوله ان بينة
المشتري تظهر زيادة فكانت اولي بالقبول كما اذا اختلف البايع والمشتري في مقدار
الثمن فقال البايع بعت بالفين وقال المشتري بالف واقاما جميعا البينة ان
البينة بينة البايع لما قلنا والجامع بينهما من وجهين احدهما ان الزيادة التي تظهرها
تقبل في الكل ضرورة والثاني ان البينة المظهرة للزيادة مثبتة والاخري نافية والمثبت
يترجح علي النافي ولابي حنيفة رحمه الله طريقان احدهما ذكرها ابو يوسف لابي
حنيفة رحمهما الله ولم ياخذ بها والثاني ذكره محمد رحمه الله لابي حنيفة رحمه الله
واخذ به اما الاول فهو ان البينة جعلت حجة للمدعي قال النبي صلي الله عليه وسلم
البينة علي المدعي والمدعي هاهنا هو الشفيع لانه غير مجبور علي الخصومة في
الشفعة بل اذا تركها يترك والمشتري مجبور علي التملك عليه بحيث لو ترك الخصو
لا يترك فكان المدعي منهما هو الشفيع فكانت البينة حجته واما الثاني فان
البينة حجة من حجج الشرع فيجب العمل بها ما امكن وهاهنا امكن العمل بالبينتين
في حق الشفيع بان يجعل كانه عقدان احدهما بالف والاخر بالفين لان البيع
الثاني لا يوجب انفساخ البيع الاول في حق الشفيع وان كان يوجب ذلك في
حق العاقدين الا تري انه لو باع بالف ثم باع بالفين ثم حضر الشفيع كان له
ان ياخذ الدار بالف دل ان البيعين قايمان في حق الشفيع وان انفسخ الاول
في حقهما فامكن تقدير عقدين بخلاف ما اذا اختلف البايع والمشتري في مقدار
الثمن واقاما البينة ان البينة بينة البايع اما علي الطريق الاول فلان البايع
هناك هو المدعي فكانت البينة حجته الا تري انه لا يجبر علي الخصومة والمشتري
مجبور عليها وهاهنا بخلافه علي ما بينا واما علي الطريق الثاني فلان تقدير
عقدين هناك متعذر لان البيع الثاني يوجب انفساخ البيع الاول وكان
العقد واحدا والترجيح لجانب البايع لانفراده ببينة باظهار فضل فكانت
اولي بالقبول والله اعلم ولو اشتري دارا بعرض ولم يتقابضا حتي هلك
العرض وانتقض البيع فيما بين البايع والمشتري او كان المشتري قبض الدار ولم
يسلم العرض حتي هلك وانتقض البيع فيما بينهما وبقي حق الشفعة بقيمة
العرض علي ما بينا فيما تقدم ثم اختلف الشفيع والبايع في قيمة العرض فالقول
قول البايع مع يمينه لان الشفيع يدعي عليه التملك بهذا القدر من الثمن وهو
ينكر فان اقام احدهما بينة قبلت بينته وان اقاما جميعا البينة فالقول قو

احدي البينتين لا معارض لها فتقبل في قدر الزيادة لخلوها عن المعارض ولا يمكن الا بالقبول في الكل صح

منه

ي

الي حق العاقدين صح

~~البايع مع بينته لان الشفيع يدعي عليه التملك بهذا القدر من الثمن وهو ينكر فان~~
~~اقام احدهما بينة قبلت بينته وان اقاما جميعا البينة فالقول قول البايع~~
عند ابي يوسف ومحمد وهو قول ابي حنيفة علي قياس العلة التي ذكرها محمد
لابي حنيفة رحمهما الله في تلك المسلة اما عند ابي حنيفة فظاهر لان بينة البايع
انفردت باثبات زيادة وكذلك عند محمد علي قياس ما ذكره لابي حنيفة في المسلة
واخذ به لان تقدير عقدين ها هنا غير ممكن لان العقد وقع علي عرض بعينه
وانما اختلفا في قيمة ما وقع عليه العقد وكان العقد واحدا فلا يمكن العمل
بالبينتين فعمل بالراجح منهما وهو بينة البايع لانفرادها باظهار الفضل
وكذلك عند ابي حنيفة علي قياس ما علل له محمد رحمة الله عليهما واما علي قياس
ما علل له ابو يوسف فينبغي ان تكون البينة بينة الشفيع لانه هو المدعي
وهكذا ذكر الطحاوي والله اعلم ولو هدم المشتري بنا الدار حتي سقط
عن الشفيع قدر قيمته من الثمن ثم اختلفا في قيمة البنا والساحة جميعا فان
اختلفا في قيمة البنا لا غير فالقول قول المشتري زيادة في السقوط وهو
ينكر وان اختلفا في قيمة البنا والساحة جميعا فان الساحة تقوم الساعة
والقول في قيمة البنا قول المشتري اما تقويم الساحة الساعة فلانه يمكن
معرفة قيمتها للحال فيستدل بالحال علي الماضي ولا يمكن تحكيم الحال
في البنا لانه تغير عن حاله والقول قول المشتري لما قلنا فان اقامت
لاحدهما بينة قبلت بينته وان اقاما جميعا البينة قال ابو يوسف البينة
بينة الشفيع علي قياس قول ابي حنيفة وقال محمد البينة بينة المشتري
علي قياس قول ابي حنيفة وقال من تلقا نفسه البينة بينة المشتري
لانها تظهر زيادة وانما اختلفا في القياس علي قول ابي حنيفة لاختلاف
الطريقين الذين ذكرناهما في تلك المسلة فطريق ابي يوسف ان الشفيع
هو المدعي والبينة حجة المدعي وهذا موجود ها هنا وطريق محمد العمل
ببينتين بتقدير عقدين وهذا التقدير منعدم ها هنا فيعمل باحدي
البينتين وهي بينة المشتري لانفرادها باظهار زيادة والله اعلم
وان اختلفا في صفة الثمن فان قال المشتري اشتريت بثمن معجل وقال
الشفيع لا بل اشتريت بثمن موجل فالقول قول المشتري لان الحلول في الثمن
اصل والاجل عارض فالمشتري يتمسك بالاصل فيكون القول قوله ولان
العاقد اعرف بصفة الثمن من غيره ولان الاجل يثبت بالشرط فالشفيع

فهذا لا يخلو اما ان اختلفا في قيمة البنا او اتفقا علي ان قيمة الساحة الف واما ان اختلفا في قيمة البنا صح

مع يمينه لان الشفيع يدعي علي المشتري صح

ابو يوسف صح

ذكرناهما له صح

يدعي عليه شرط التاجيل وهو ينكر فكان القول قوله واما الذي يرجع الي
المبيع فهو ان يختلفا فيما وقع عليه البيع انه وقع عليه بصفقة واحدة ام
بصفقتين نحو ما اذا اشتري دارا فقال المشتري اشتريت العرصة علي
حدة بالف والبنا بالف وقال الشفيع لا بل اشتريتهما جميعا بالفين والدار
لي بنا بها فالقول قول الشفيع لان افراد كل واحد منهما بالصفقة حالة
الاتصال ليس بمعتاد بل العادة بيعهما صفقة واحدة فكان الظاهر شاهدا
للشفيع فكان القول قوله لان سبب وجوب الشفعة في العرصة يقتضي
الوجوب في البنا تبعا حالة الاتصال وشرط الوجوب هو الشرا وقد اقر
المشتري بالشرا الا انه يدعي زيادة امر وهو تفريق الصفقة فلا يصدق
الا بتصديق الشفيع او ببينة ولم يوجد وايهما اقام بينة قبلت بينته وان
اقاما جميعا البينة ولم يوقتا وقتا فالبينة بينة المشتري عند ابي يوسف
وعند محمد البينة بينة الشفيع وجه قول محمد ان بينة الشفيع اكثر
اثباتا لانها تثبت زيادة استحقاق وهو استحقاق البنا فكانت اولي بالقبول
ولان العمل بالبينتين ها هنا ممكن بان يجعل كانه باعهما بصفقتين ثم باعهما
بصفقة واحدة فكان للشفيع ان ياخذ بايتهما شا وجه قول ابي يوسف
ان بينة المشتري اكثر اثباتا لانها تثبت زيادة صفقة فكانت اولي بالقبول
فابو يوسف نظر الي زيادة الصفقة ومحمد نظر الي زيادة الاستحقاق
وقال ابو يوسف اذا ادعي المشتري انه احدث البنا في الدار وقال
الشفيع لا بل اشتريتها والبنا فيها ان القول قول المشتري لانه لم يوجد من
المشتري الاقرار بشرا البنا والشفيع يدعي عليه استحقاق البنا وهو ينكر
ولو اشتري دارين ولهما شفيع متلاصق فقال المشتري اشتريت
واحدة بعد واحدة وانا شريكك في الثانية وقال الشفيع لا بل اشتريتهما
صفقة واحدة ولي الشفعة فيهما جميعا فالقول قول الشفيع لان سبب
الاستحقاق ثابت فيهما جميعا وهو الجوار علي سبيل الملاصقة وقد اقر
المشتري بشرط الاستحقاق وهو شراوهما الا انه بدعوي تفريق الصفقة
يدعي البطلان بعد وجود السبب وشرطه من حيث الظاهر فلا يصدق
الا ببينة وايهما اقام بينة قبلت بينته وان اقاما جميعا البينة فهو علي
الاختلاف الذي ذكرنا بين ابي يوسف ومحمد ولو قال المشتري وهب
لي هذا البيت مع طريقه من هذه الدار ثم اشتريت بقيتها وقال الشفيع

لا بل اشتريت الكل فللشفيع الشفعة فيما اقر انه اشترى ولا شفعة له فيما
ادعى من الهبة لانه وجد سبب الاستحقاق وهو الجوار ووجد شرطه وهو
الشرا باقراره فهو بدعوى الهبة يدعي البطلان فلا يصدق وللشفيع
الشفعة فيما اقر بشرا به ولا شفعة له في الموهوب وايهما اقام بينة قبلت بينته
وان اقاما جميعا البينة فالبينة بينة المشتري عند ابي يوسف لانها تثبت
زيادة الهبة وينبغي ان تكون البينة بينة الشفيع عند محمد لانها تثبت زيادة
الاستحقاق وروى عن محمد رحمه الله فيمن اشترى دارا وطلب الشفيع الشفعة
فقال المشتري اشتريت نصفا ثم نصفا فلك النصف الاول وقال
الشفيع لا بل اشتريت الكل صفقة واحدة ولي الكل فالقول قول الشفيع
لان سبب ثبوت الحق في الكل كان موجودا وقد اقر بشرط الثبوت وهو
الشرا لكنه يدعي امرا زايدا هو تفريق الصفقة فلا يقبل ذلك منه الا ببينة
فان قال المشتري اشتريت ربعا ثم ثلاثة الارباع فلك الربع وقال
الشفيع لا بل اشتريت ثلاثة ارباع ثم ربعا فالقول قول الشفيع لان السبب
كان موجودا وقد اقر المشتري بشرا ثلاثة ارباع الا انه يدعي امرا زايدا وهو
سبق الشرا في الربع فلا يثبت الا ببينة فان قال المشتري اشتريت صفقة
واحدة وقال الشفيع اشتريت صفقتين فانا اخذ النصف فالقول قول
المشتري يأخذ الشفيع الكل او يدع لان الشفيع يريد تفريق الصفقة وفيه
ضرر الشركة فلا يقبل قوله الا ببينة والله اعلم واما الذي يرجع الى صفة
البيع فهو ان يختلفا في البتات والخيار والصحة والفساد بان اشترى دارا
بالف درهم وتقابضا فاراد الشفيع اخذها بالشفعة فقال البايع والمشتري
البيع كان بخيار البايع ولم يمض فلا شفعة لك وانكر الشفيع الخيار
فالقول قول البايع والمشتري وعلى الشفيع البينة ان البيع كان بيعا عند
ابي حنيفة ومحمد وهو احدى الروايتين عن ابي يوسف رحمهم الله وروي عن
ابي يوسف رواية اخرى ان القول قول الشفيع وجه هذه الرواية ان
الظاهر شاهد للشفيع لان البتات اصل في البيع اصلا والخيار فيه عارض
فكان القول قول من يشهد له الاصل ويتمسك به وجه ظاهر الرواية ان
الشفيع يدعي ثبوت حق الشفعة وهما ينكران ذلك بقولهما كان فيه خيار
لان حق الشفيع لا يجب في بيع فيه خيار فكان القول قول المنكر ولان البيع يقوم
بالعاقدين فكانا اعرف بصفته من الشفيع والرجوع في كل باب الى من هو

لانه لم يوجد من المشتري الاقرار بشرط الاستحقاق في الموهوب صح

نصفا ثم نصفا صح

باتا صح

اعرف به ولهذا لو تصادقا على ان الثمن كان دنانير والشفيع يدعي انه كان
دراهم كان القول قولهما كذا هذا ولو كان البايع غايبا والدار في يد المشتري
فاراد الشفيع ان يأخذ منه فقال المشتري كان للبايع فيه خيار وكذبه
الشفيع فالقول قول المشتري ايضا لما ذكرنا من المعنيين وان اختلف العاقدان
فيما بينهما فادعى البايع الخيار وقال المشتري لم يكن فيه خيار كان القول
قول المشتري ويأخذ الشفيع الدار في الرواية المشهورة وروى عن ابي يوسف
ان القول قول البايع وجه هذه الرواية ان البايع بدعوى الخيار ينكر البيع
حقيقة لان البيع بشرط الخيار غير منعقد في حق الحكم وخيار البايع يمنع
زوال المبيع عن ملكه والمشتري والشفيع يدعيان الزوال عن ملكه فكان القول
قول البايع كما لو وقع الاختلاف بينهم في اصل العقد وجه ظاهر الرواية
ان الخيار لا يثبت الا باشتراطهما فالبايع بدعوى الخيار يدعي الاشتراط على
المشتري وهو ينكر فكان القول قوله كما لو ادعى المشتري الشرا بثمن موجل
وادعى البايع التعجيل فالقول قول البايع لما ان التاجيل لا يثبت الا بشرط يوجد
من البايع وهو ينكر الاشتراط فكان القول قوله ~~كما لو ادعى المشتري الشرا~~
~~بثمن موجل وادعى البايع التعجيل فالقول قول البايع لما ان التاجيل لا يثبت~~
~~الا بشرط يوجد من البايع وهو ينكر الاشتراط وكان القول قوله~~ كذا هذا بخلاف
ما لو انكر البايع البيع والمشتري يدعيه ان القول قول البايع لانه انكر زوال
ملكه ولم يدع على المشتري فعلا فكان القول قوله ولو اراد الشفيع ان يأخذ
الدار المشتراه بالشفعة فقال البايع والمشتري كان البيع فاسدا فلا شفعة لك
وقال الشفيع كان جايزا ولي الشفعة فهو على اختلافهم في شرط الخيار للبايع
على قول ابي حنيفة ومحمد واحدى الروايتين عن ابي يوسف القول قول
العاقدين ولا شفعة للشفيع وفي رواية عن ابي يوسف القول قول الشفيع
وله الشفعة فابو يوسف يعتبر الاختلاف بينهم في الصحة والفساد باختلاف
العاقدين فيما بينهما ولو اختلفا فيما بينهما في الصحة والفساد كان القول قول
مدعي الصحة كذا هذا والجامع ان الصحة اصل في العقد والفساد عارض وهما
يعتبران اختلافهم في هذا باختلافهم في البتات والخيار للبايع والجامع ان الشفيع
بدعوى البتات والصحة يدعي عليهما حق التملك وهما بدعوى الخيار والفساد
ينكران ذلك فكان القول قولهما وكذا هما اعرف بصفة العقد الواقع منهما
لقيامه بهما فكان القول في ذلك قولهما والله اعلم

فصل

واما بيان

حيل اسقاط الشفعة

الحيلة في اسقاط الشفعة فقد ذكرنا لاسقاط الشفعة حيلا بعضها يعم الشفعا
كلهم وبعضها يخص البعض دون البعض اما الذي يعم كل الشفعا فهو ان يشتري
الدار باكثر من ثمنها بان كانت قيمتها الفا فيشتريها بالفين وينقد من
الثمن الفا الا عشرة ثم يبيع المشتري من البايع عرضا قيمته عشرة بالف
درهم وعشرة فتحصل الدار للمشتري بالف ولا ياخذها الشفيع الا بالفين
وهذه الحيلة ليست بمسقطة للشفعة شرعا لكنها مانعة من الاخذ بالشفعة
عادة الا ترى ان للشفيع ان ياخذها بالفين ويلتزم الضرر واما الذي
يخص بعض الشفعا دون بعض فانواع منها بيع دار الا ذراعا بينهما في
طول الحد الذي يلي دار الشفيع فالشفيع لا يستحق الشفعة اما في قدر
الذراع فلانعدام الشرط وهو البيع واما فيما دون ذلك فلانعدام السبب
وهو الجوار ومنها ان يهب البايع الحايط التي بينه وبين الجار مع اصله
للمشتري مقسوما ويسلمه اليه او يهب له من الارض قدر ذراع من الجانب
الذي يلي دار الشفيع ويسلمه اليه ثم يبيع منه البقية بالثمن فلا شفعة
للجار لا في الموهوب ولا في المبيع اما في الموهوب فلانعدام شرط وجوب
الشفعة وهو البيع واما في المبيع فلانعدام سبب الوجوب وهو الجوار
ومنها ان يبيع الدار بصفقتين فيبيع الحايط باصله اولا بثمن كثير ثم يبيع بقية
الدار بثمن قليل فلا شفعة للشفيع شرعا فيما ورا الحايط لانعدام السبب
وهو الجوار ولا ياخذ الحايط عادة لكثرة الثمن ومنها ان يبيع الدار والارض
في صفقتين فيبيع من الدار بناها ومن الارض اشجارها اولا بثمن قليل ثم يبيع
الارض بثمن كثير فلا شفعة للشفيع في البنا والشجر شرعا لانفرادها بالصفقة
ولا ياخذ الارض بذلك الثمن عادة لتضمن تكثير الثمن ومنها ان يبيع الدار
بصفقتين فيبيع عشرا منها بثمن كثير ثم يبيع البقية بثمن قليل فلا ياخذ
الشفيع العشر بثمنه عادة لما فيه من الضرر ولا شفعة له في تسعة الاعشار
شرعا لانه حين اشترى البقية كان شريك البايع بالعشر والشريك
في المبيع مقدم على الجار والخليط وهذا النوع من الحيلة لا يصلح للشريك
لان الشفيع اذا كان شريكا له ان ياخذ نصف البقية بقليل الثمن ايضا
ولو كانت الدار لصغير فلا يباع بقية داره بقليل الثمن لانه لا يجوز اذ هو
بيع مال الصغير باقل من قيمته مقدار ما يتغابن الناس في مثله عادة والولي
لا يملك ذلك فالسبيل فيه ان تباع بقية الدار بثمن مثله ومنها ما ذكره

الخصاف

30

الخصاف ان يقر البايع بسهم من الدار للمشتري ثم يبيع بقية الدار منه فلا يستحق
الشفيع الشفعة اما في القدر المقر به فلانعدام شرط الاستحقاق وهو
البيع واما فيما ورا ذلك فلان المشتري صار شريك البايع في ذلك السهم
والشريك في البقعة مقدم على الجار والخليط ومن مشايخنا من كان يفتي
بوجوب الشفعة في هذه الصورة ويخطي الخصاف لان الشركة في السهم
المقر به لم يثبت الا باقراره ولا يظهر في حق الشفيع على ما بينا فيما تقدم
والله اعلم **فصل** واما الكلام في كراهة الحيلة للاسقاط وعدمها فالحيلة
اما ان كانت بعد وجوب الشفعة واما ان كانت قبل الوجوب فان كانت
بعد الوجوب قيل انها مكروهة بلا خلاف وذلك بان يقول المشتري
للشفيع صالحتك على كذا كذا درهما على ان تسلم لي شفعتك فيقبل فتبطل
شفعته ولا يستحق بدل الصلح او يقول له اشتر الدار مني بكذا فيقول اشتريت
فتبطل شفعته ونحو ذلك وان كانت قبل الوجوب فقد اختلف فيه قال
ابو يوسف لا تكره وقال محمد تكره وجه قول محمد ان شرع الحيلة
يودي الى سد باب الشفعة وفيه ابطال هذا الحق اصلا وراسا وجه
قول ابي يوسف ان الحيلة قبل الوجوب منع من الوجوب بمباشرة سبب
الامتناع شرعا وهذا جايز كالشرا والهبة وساير التمليكات فان الشرا يمنع
حدوث الملك للبايع في المبيع بمباشرة سبب الامتناع شرعا وكذا الهبة
والصدقة و التمليكات وقد خرج الجواب عن قول محمد ان هذا ابطال
(في الهامش: ساير صح)
لحق الشفعة لان ابطال الشي بعد ثبوته يكون والحق هاهنا لم يثبت بعد
فلا تكون الحيلة ابطالا بل هي منع من الثبوت بمباشرة سبب الامتناع شرعا
وانه جايز وما ذكره ابو يوسف رحمه الله هو الحكم المروي وما ذكره محمد
رحمه الله احتياط والاصل في شرع الحيلة هو قوله تعالى في قصة ايوب
صلوات الله عليه وخذ بيدك ضغثا فاضرب به ولا تحنث تم كتاب
الشفعة

كتاب الهبة

الكلام في هذا
الكتاب في الاصل في ثلاثة مواضع في بيان ركن الهبة وفي بيان شرايط الركن
وفي بيان حكم الهبة اما ركن الهبة فهو الايجاب من الواهب فاما القبول
من الموهوب له فليس بركن استحسانا والقياس ان يكون ركنا وهو قول
زفر وفي قول قال القبض ايضا ركن وفائدة هذا الخلاف تظهر فيمن حلف
لا يهب هذا الشي لفلان فوهبه منه فلم يقبل انه يحنث استحسانا وعند

وعند زفر لا يحنث ما لم يقبل وفي قول ما لم يقبل ويقبض واجمعوا على انه اذا
حلف لا يبيع هذا الشي لفلان فباعه له فلم يقبل انه لا يحنث وعلى هذا الاختلاف
اذا قال رجل لاخر وهبت هذا الشي منك فلم تقبل فقال المقر له لا بل قبلت
فالقول قول المقر عندنا وعنده القول قول المقر له واجمعوا على انه لو قال
بعت منك هذا الشي فلم تقبل فقال المقر له لا بل قبلته ان القول قول المقر
له وجه القياس ان الهبة تصرف شرعي والتصرف الشرعي
وجوده شرعا باعتباره وهو انعقاده في حق الحكم والحكم لا يثبت بنفس
الايجاب فلا يكون نفس الايجاب بدون القبول بيعا وجه الاستحسان
ان الهبة في اللغة عبارة عن مجرد ايجاب الملك من غير شرط القبول وانما
القبول والقبض لثبوت حكمها لا لوجودها في نفسها فاذا اوجب فقد
اتي بالهبة فترتب عليها الاحكام والدليل على ان وقوع التصرف هبة لا
يقف على القبول ما روي عن رسول الله صلى الله عليه وسلم انه قال لا تجوز
الهبة الا مقبوضة محوزة اطلق اسم الهبة بدون القبض والحيازة وروي
ان الصعب بن جثامة الذي اهدى الى رسول الله صلى الله عليه وسلم حمار
وحش وهو بالابوا وفي رواية بودان فرده النبي صلى الله عليه وسلم
وقال لولا انا حرم والا لقبلنا فقد اطلق الراوي اسم الاهدا بدون القبول
والاهدا من الفاظ الهبة وروي ان ابا بكر الصديق رضي الله عنه دعا عايشة
رضي الله عنها في مرض موته وقال لها اني كنت نحلتك جذاذ عشرين وسقا
من مالي بالعالية وانك لم تكوني قبضتيه ولا حزتيه وانما هو اليوم
مال الوارث اطلق الصديق رضي الله عنه اسم النحل بدون القبض
والنحل من الفاظ الهبة فثبت ان الهبة في اللغة عبارة عن نفس ايجاب
الملك والاصل ان معنى التصرف الشرعي هو ما دل عليه اللفظ لغة
بخلاف البيع فانه اسم للايجاب مع القبول لا ينطلق اسم البيع لغة
وشريعة على احدهما دون الاخر فما لم يوجدا لا يتسم التصرف
بسمة البيع ولان المقصود من الهبة هو اكتساب المدح والثنا باظهار
الجود والسخا وهذا يحصل بدون القبول بخلاف البيع وكذا الغرض من
الحلف هو منع النفس عن مباشرة المحلوف عليه وذلك هو الايجاب لانه
فعل الواهب فيقدر على منع نفسه عنه فاما القبول والقبض ففعل
الموهوب له فلا يكون مقدور الواهب والملك محكوم شرعي يثبت جبرا

م هبة شرعا لهذا امكن الايجاب صح

ط كذا هذا صح

من الله تعالى شا العبد او ابى فلا يتصور منع النفس عنه ايضا بخلاف
البيع فانه وان منع نفسه عن فعله وهو الايجاب الا ان الايجاب هناك
لا يصير بيعا بدون القبول فشرط القبول ليصير بيعا والايجاب
هو ان يقول الواهب وهبت هذا الشي لك او ملكته منك او جعلته
لك او اعطيته او نحلته او اهديته اليك او اطعمتك هذا الطعام او
حملتك على هذه الدابة ونوى به الهبة اما قوله وهبت لك فصريح في
الباب وقوله ملكتك يجري مجرى الصريح ايضا لانه تمليك العين
للحال من غير عوض هو تفسير الهبة وكذا قوله جعلت هذا الشي لك
وقوله هو لك لان اللام المضاف الى من هو من اهل الملك للتمليك فكان
تمليك العين للحال من غير عوض وهو معنى الهبة وكذا قوله اعطيت
لان العطية المضافة الى العين في عرف الناس هو تمليكها للحال من
غير عوض وهذا معنى الهبة ولذا يستعمل الاعطا استعمال الهبة يقال
اعطاك الله كذا يعني وهب لك والنحلة هي العطية يقال نحل فلان
ولده نحلى اي اعطاه عطية والهدية بمعنى العطية وقوله اطعمتك
هذا الطعام في معنى اعطيتك واما قوله حملتك على هذه الدابة فانه
يحتمل الهبة ويحتمل العارية فانه روي ان عمر رضي الله عنه حمل رجلا
على دابة ثم راها تباع في السوق فاراد ان يشتريها فسال رسول
الله صلى الله عليه وسلم عن ذلك فقال عليه السلام لا ترجع في صدقتك
فاحتمل تمليك العين واحتمل تمليك المنافع فلابد من النية للتعيين ولو
قال منحتك هذا الشي او قال هذا الشي لك منحة فهذا لا يخلو اما ان يكون ذلك
ما يمكن الانتفاع به الا باستهلاكه فان كان مما يمكن الانتفاع به من غير
استهلاكه كالدار والثوب والدابة والارض بان قال هذه الدار لك منحة
او هذا الثوب او هذه الدابة او هذه الارض فهو عارية لان المنحة في الاصل
عبارة عن هبة المنفعة او ما له حكم المنفعة وقد اضيف الى ما يمكن
الانتفاع به من غير استهلاكه من السكنى واللبس والركوب والزراعة
لان منفعة الارض زرعها فكان هذا تمليك المنفعة من غير عوض وهو
تفسير الاعارة وكذا اذا قال لارض بيضا هذه الارض لك طعمة كان عارية
لان عين الارض مما لا تطعم وانما يطعم ما يخرج منها فكان طعمة الارض
زرعها فكان ذلك اعارة ولصاحبها ان ياخذها اذا لم يكن فيها زرع وان كان

م او هو لك صح

م من غير استهلاكه وان كان يجوز عما لا يمكن الانتفاع به صح

فيها زرع فالقياس ان يكون له ولاية القلع كالبنا والغراس وفي الاستحسان يترك
الي وقت الحصاد باجر المثل وقد ذكرنا وجه الاستحسان في كتاب العارية
ولو منحه شاة حلوبا او بقرة حلوبا وقال هذه الشاة لك منحة او هذه الناقة
او هذه البقرة كان عارية وجاز له الانتفاع بلبنها لان اللبن وان كان عينا حقيقة
فهو معدود من المنافع عرفا وعادة فاعطي له حكم المنفعة كانه اباح له شربه
فيجوز له الانتفاع بلبنها وكذلك لو منحه جديا او عناقا كان عارية لان الجدي
بعرض ان يصير فحلا والعناق حلوبا وان عني بالمنحة الهبة في هذه المواضع فهو
علي ما عني لانه عني ما يحتمله لفظه وفيه تشديد علي نفسه وان كان مما لا يمكن
الانتفاع به الا باستهلاكه كالماكول والمشروب والدراهم والدنانير بان قال
هذا الطعام لك منحة او هذا اللبن او هذه الدراهم او هذه الدنانير كان هبة لان
المنحة المضافة الي ما لا يمكن الانتفاع به الا باستهلاكه لا يمكن حملها علي هبة المنفعة
فيحمل علي هبة العين وهي تمليكها وتمليك العين للحال من غير عوض تفسير الهبة
والله اعلم هذا اذا كان الايجاب مطلقا عن القرينة اما اذا كان مقرونا بقرينة فالقرينة
لا تخلو اما ان كانت وقتا واما ان كانت شرطا واما ان كانت منفعة فان كانت
وقتا بان قال اعمرتك هذه الدار او صرح فقال جعلت هذه الدار لك عمري او قال
جعلتها لك عمرك او قال هي لك عمرك او حياتك فاذا مت انت فهي رد علي
ورثتي فهذا كله هبة وهي للمعمر له في حياته ولورثته بعد وفاته والتوقيت
باطل والاصل فيه ما روي عن النبي صلى الله عليه وسلم انه قال امسكوا عليكم اموالكم
لا تعمروها فان من اعمر شيا فانه لمن اعمره وروي عن جابر بن عبد الله ان رسول
الله صلى الله عليه وسلم قال ايما رجل اعمر عمري له ولعقبه فهي للذي يعطاها لا ترجع
الي الذي اعطاها لانه اعطا عطا وقعت المواريث فيه وعن جابر رضي الله عنه قال
قال رسول الله صلى الله عليه وسلم من اعمر عمري حياته فهي له ولعقبه يرثها من يرثه
من بعده فدلت هذه النصوص علي جواز الهبة وبطلان التوقيت ولان قوله
جعلت هذه الدار لك او هي لك تمليك العين للحال مطلقا ثم قوله عمري توقيت التمليك
وانه تغيير لمقتضى العقد وكذا تمليك الاعيان لا يحتمل التوقيت نصا كالبيع وكان
التوقيت تصرفا مخالفا لمقتضى العقد والشرع فبطل وبقي العقد صحيحا وان
كانت القرينة شرطا نظر الي الشرط المذكور فان كان مما يمنع وقوع التصرف
تمليكا للحال يمنع صحة الهبة والا فيبطل الشرط وتصح الهبة وعلي هذا يخرج
ما اذا قال ارقبتك هذه الدار او صرح فقال جعلت هذه الدار لك رقبي او قال

م القياس صح
م او ناقة حلوبا صح
م هو صح
م رد علي او قال جعلتها لك عمري او حياتي فاذا مت انا فهي صح

هذه

هذه الدار لك رقبي ودفعها اليه فهي عارية في يده له ان ياخذها منه متي شا
وهذا قول ابي حنيفة ومحمد وقال ابو يوسف هذا هبة وقوله رقبي باطل
احتج بما روي ان رسول الله صلى الله عليه وسلم اجاز العمري والرقبي ولان قوله
داري لك تمليك العين لا تمليك المنفعة ولما قال رقبي فقد علقه بالشرط وانه
لا يحتمل التعليق فبطل الشرط وبقي العقد صحيحا ولهذا اذا قال داري لك عمري
انه تصح الهبة ويبطل شرط العمر كذا هذا واحتجا بما روي الشعبي عن شريح
رحمهما الله ان رسول الله صلى الله عليه وسلم اجاز العمري وابطل الرقبي ومثلهما
لا يكذب ولان قوله داري لك رقبي تعليق التمليك بالخطر لان معني الرقبي انه
يقول ان مت انا قبلك فهي لك وان مت انت قبلي فهي لي سمي رقبا من
الرقوب والارتقاب والترقب وهو الانتظار لان كل واحد منهما ينتظر موت
صاحبه قبل موته وذلك غير معلوم فكان الرقبي تعليق التمليك بامر له خطر
الوجود والعدم والتمليكات مما لا تحتمل التعليق بالخطر فلم تصح هبة وصحت
عارية لانه دفع اليه واطلق له الانتفاع به وهذا معني العارية وهذا بخلاف
العمري لان هناك وقع التصرف تمليكا للحال فهو بقوله عمري وقت التمليك
وانه لا يحتمل التوقيت فبطل وبقي العقد علي الصحة ولا حجة له في الحديث لان
الرقبي يحتمل ان تكون من المراقبة وهي الانتظار ويحتمل ان تكون من الارقاب وهي
هبة الرقبة فان اريد بها الاول كان حجة له وان اريد بها الثاني لا يكون حجة له
لان ذلك جايز فلا يكون حجة له مع الاحتمال او يحمله علي الثاني توفيقا بين الحديثين
صيانة لكلام من يستحيل عليه التناقض عنه وبهذا تبين انه لا خلاف بينهم في
الحقيقة ان كان الرقبي او الارقاب مستعملا في اللغة في هبة الرقبة وينبغي
ان ينوي فان عني به هبة الرقبة يجوز بلا خلاف وان عني به مراقبة الموت
لا يجوز بلا خلاف والله اعلم ولو قال لرجلين داري لاطولكما حياة فهو باطل
لانه لا يدري ايهما اطول حياة وكان هذا تعليق الحكم بالخطر فبطل ولو قال
داري لك حبيس فهذا عارية عند ابي حنيفة ومحمد وعند ابي يوسف هو
هبة وقوله حبيس باطل بمنزلة الرقبي وجه قوله ان قوله داري لك تمليك
وقوله حبيس نفي الملك فلم يصح النفي وبقي التمليك علي حاله وجه قولهما
ان قوله حبيس خرج تفسيرا لقوله لك فكان كانه ابتدا بالحبيس فقال
داري حبيس لك ولو قال ذلك كان عارية بالاجماع ذكره القاضي في شرحه
مختصر الطحاوي ولو وهب جارية علي ان لا يبيعها او علي ان يتخذها ام ولد

[illegible]
م كذا هذا وكذا لو قال داري رقبي لك كان عارية بالاجماع صح

او على ان يبيعها الفلان او على ان يردها عليه بعد شهر جازت الهبة وبطل الشرط
لان هذه الشروط لا تمنع وقوع التصرف تمليكا للحال وهي شروط تخالف
مقتضى العقد فتبطل ويبقى العقد على الصحة بخلاف شرط الرقبى على ما بينا
وبخلاف شرط البيع انه تبطله هذه الشروط لان القياس ان لا يجوز فيه ان
الشرط الفاسد لعقد ما مفسد له لان ذكره في العقد لم يصح فيلتحق بالعدم
ويبقى العقد صحيحا الا ان الفساد في البيع للنهي الوارد فيه ولا نهي في الهبة فيبقى
الحكم فيه على الاصل ولان دلايل شرعية الهبة عامة مطلقة من نحو قوله
تعالى فان طبن لكم عن شيء منه نفسا فكلوه هنيا مريا وقوله عليه السلام
تهادوا تحابوا وهذا ندب الى التهادي والهدية هبة وروينا عن الصديق
رضي الله عنه انه قال لعايشة اني كنت نحلتك كذا كذا وعن عمر رضي الله عنه انه
قال من وهب هبة لصلة رحم او على وجه صدقة فانه لا يرجع فيها ومن
وهب هبة يرى انه اراد بها الثواب فهو على هبته يرجع فيها ما لم يرض
عنها ونحو ذلك من الدلايل المقتضية لشرعية الهبة من غير فصل بينها اذا قرن
بها شرط فاسد او لم يقرن وعلى هذا يخرج ما اذا وهب جارية واستثنى ما
في بطنها او وهب حيوانا واستثنى ما في بطنه ان الهبة جايزة في الام والولد
جميعا والاستثناء باطل والكل للموهوب له وجملة الكلام في العقود التي فيها
استثناء الحمل انها اقسام ثلاثة قسم منها يبطل ويبطل الاستثناء وقسم
منها يصح ويصح الاستثناء اما القسم الاول فهو البيع والاجارة والكتابة والرهن
لان استثناء ما في البطن بمنزلة شرط فاسد وهذه العقود تبطل بالشروط
الفاسدة واما القسم الثاني فالهبة والصدقة والنكاح والخلع والصلح
عن دم العمد لان هذه العقود لا تبطل بالشروط الفاسدة فيصح العقد
ويبطل الاستثناء وتدخل الام والولد جميعا لان الشرط الفاسد وهو الاستثناء هنا
اذا لم يصح التحق بالعدم فصار كانه لم يستثن وكذلك العتق بان اعتق جارية
واستثنى ما في بطنها انه يصح العتق ولا يصح الاستثناء حتى تعتق الام والولد جميعا
لما قلنا واما القسم الثالث فالوصية بان اوصى بجارية لرجل واستثنى ما في
بطنها فقد ابقى ما في بطنها ميراثا والميراث يجري فيما في البطن وهذا بخلاف
ما اذا اوصى بجارية لرجل واستثنى خدمتها وغلتها لورثته انه تصح الوصية
ويبطل الاستثناء لان الغلة والخدمة لا يجري فيهما الميراث بانفرادهما بدون
الاصل الا ترى لو اوصى بخدمتها وغلتها لانسان ومات الموصي ثم الموصى له بعد

القبول

وهذا يجري مجرى الترغيب في اكل المهر صح
مطلقا صح
جميعا وقسم منها يصح ويبطل الاستثناء صح
في العقد صح
لانه لما جعل الجارية وصية له واستثنى ما في بطنها صح
الولد
مات صح

القبول لا تصير الخدمة ميراثا لورثة الموصى له بل تعود الى ورثة الموصي وبمثله
لو اوصى بما في بطن جاريته لانسان والمسئلة بحالها فان الولد يصير ميراثا
لورثة الموصى له وما افترقا الا بما ذكرنا والله اعلم وان كانت القرينة منفعة
بان قال داري لك سكنى او عمرى سكنى او صدقة سكنى او هبة سكنى او
سكنى هبة او هي لك عمري عارية ودفعها فهذا كله عارية لانه لما ذكر
السكنى في قوله داري لك سكنى او عمري سكنى او صدقة سكنى علم انه
اراد به تمليك المنافع لان قوله هذا لك ظاهره التمليك لكنه يحتمل تمليك
المنفعة لان الاضافة الى المستعير والمستاجر مستعملة عرفا وشرعا وقوله
سكنى موضوع للمنفعة لا يستعمل الا لها فكان محكما فجعل تفسيرا للمحتمل
وبيانا انه اراد تمليك المنفعة وتمليك المنفعة بغير عوض هو تفسير العارية
وكذا في قوله سكنى بعد ذكر الهبة يكون تفسيرا للهبة لان قوله هبة يحتمل
هبة العين ويحتمل هبة المنفعة فاذا قال سكنى فقد عين هبة المنافع
~~فكان بيانا انه اراد تمليك المنفعة وتمليك المنفعة بغير عوض هو تفسير~~
~~العارية وكذا في قوله سكنى بعد ذكر الهبة يكون تفسيرا للهبة لان قوله~~
لمراد المتكلم انه اراد به هبة المنافع وهبة المنافع تمليكها من غير عوض
وهو معنى العارية واذا قال سكنى هبة فمعناه اي سكنى الدار هبة لك
فكان هبة المنفعة وهو تفسير العارية ولو قال هي لك عمري تسكنها
او هبة تسكنها او صدقة تسكنها ودفعها اليه فهو هبة لانه ما فسر
الهبة بالسكنى لانه لم يجعله نعتا ليكون بيانا للمحتمل بل وهب الدار ثم
شاوره فيما يفعل بملكه والمشورة في ملك الغير باطلة فتعلقت الهبة بالعين
وقوله تسكنها بمنزلة قوله لتسكنها كما اذا قال وهبتها لك لتواجرها ولو
قال هي لك تسكنها كان هبة ايضا لان الاضافة بحرف اللام الى من هو من
اهل الملك للتمليك وقوله تسكنها مشورة على ما بينا والله اعلم

فصل

واما الشرايط فانواع بعضها يرجع الى نفس الركن وبعضها يرجع الى الواهب
وبعضها يرجع الى الموهوب له اما الذي يرجع الى نفس الركن فهو ان لا يكون
متعلقا بما له خطر الوجود والعدم من دخول الدار وقدوم فلان والرقبى
ونحو ذلك ولا مضافا الى وقت بان يقول وهبت هذا الشيء منك غدا او
راس شهر كذا لان الهبة تمليك للعين للحال وانه لا يحتمل التعليق بالخطر
ولا الاضافة كالبيع واما الذي يرجع الى الواهب فهو ان يكون ممن يملك التبرع

القلة صح
اليه صح
وان كان صح
وبعضها يرجع الى الموهوب صح
الى الوقت صح

لان الهبة تبرع فلا يملكها من لا يملك التبرع فلا تجوز هبة الصبي والمجنون
لانهما لا يملكان التبرع لكونه ضررا محضا لا يقابله نفع دنياوي فلا يملكه
الصبي والمجنون لانهما لا يملكان التبرع كالطلاق والعتاق وكذا الاب
لا يملك هبة مال الصغير من غير شرط العوض بلا خلاف ولان التبرع
بمال الصغير قربان ماله لا على الوجه الاحسن وانه لا يقابله نفع دنيوي
وقد قال الله تعالى ولا تقربوا مال اليتيم الا بالتي هي احسن ولانه اذا لم يقابله
عوض دنيوي كان التبرع ضررا محضا وترك الرحمة في حق الصغير فلا
يدخل تحت ولاية الولي لقوله صلى الله عليه وسلم ولا ضرار في الاسلام وقوله
من لم يرحم صغيرنا فليس منا ولهذا لا يملك طلاق امراته واعتاق عبده
وساير التصرفات الضارة المحضة وان شرط الاب العوض ايضا لا تجوز
عند ابي حنيفة وابي يوسف وعند محمد تجوز وعلى هذا هبة المكاتب
والماذون انه لا تجوز عندهما سوا كانت بعوض او بغير عوض وعنده
تجوز بشرط العوض والاصل عنده ان كل من يملك البيع يملك الهبة
وجه قول محمد ان الهبة تمليك فاذا شرط فيها العوض كانت
تمليكا بعوض وهذا تفسير البيع وانما اختلفت العبارة ولا عبرة باختلاف
العبارة بعد اتفاق المعنى كلفظ البيع مع لفظة التمليك ولهما ان الهبة
بشرط العوض تقع تبرعا ابتداء ثم تصير بيعا انتهاء بدليل انها لا تفيد الملك
قبل القبض ولو وقعت بيعا من حين وجودها لما توقف الملك فيه على
القبض لان البيع الصحيح يفيد الملك بنفسه دل انها وقعت تبرعا
وهو لا يملكون التبرع فلم تصح الهبة من حين وجودها فلا يتصور
ان تصير بيعا بعد ذلك والله اعلم واما الذي يرجع الى الموهوب فانواع
منها ان يكون موجودا فلا تجوز هبة ما ليس بموجود وقت الهبة بان
وهب ما تثمر نخله العام وما تلد اغنامه السنة ونحو ذلك بخلاف
الوصية والفرق ان الهبة تمليك للحال وتمليك المعدوم محال والوصية
تمليك مضاف الى ما بعد الموت والاضافة لا تمنع جوازها ولو وهب ما في
بطن هذه الجارية او ما في ضرعها لا يجوز وان سلط على القبض عند
الولادة والحلب لانه لا وجه لتصحيحه للحال لاحتمال الوجود والعدم
لان انتفاخ البطن قد يكون للحمل وقد يكون لداء في البطن وغيره وكذا
انتفاخ الضرع قد يكون باللبن وقد يكون لغيره فكان له خطر الوجود

والعدم

لا ضرر صح

والاصل عندهما ان من لا يملك التبرع لا يملك الهبة لا بعوض ولا بغير عوض صح

١

وقت الهبة صح

كذلك صح

او ما في بطن هذه الشاة صح

والعدم ولا سبيل الى تصحيحه بالاضافة الى ما بعد زمان الحدوث لان التمليك
بالهبة مما لا يحتمل الاضافة الى وقت فبطل ولهذا لم يجز بيعه بخلاف ما
اذا وهب الدين من غير من عليه الدين وسلطه على القبض انه يصح استحسانا
لانه امكن تصحيحه للحال لكون الموهوب موجودا مملوكا للحال مقدور
القبض بطريقه على ما نذكر ان شا الله تعالى وكذلك اذا وهب زبدا
في لبن او دهنا في سمسم او دقيقا في حنطة لا يجوز وان سلطه على قبضه عند
حدوثه لانه معدوم للحال فلم يوجد محل حكم العقد للحال فلم ينعقد ولا
سبيل الى الاضافة الى وقت الحدوث فبطل اصلا بخلاف ما اذا وهب
صوفا على ظهر غنم وجزه وسلمه انه يجوز لان الموهوب موجود مملوك
للحال الا انه لم ينفذ للحال لمانع وهو كون الموهوب مشغولا بما ليس
بموهوب فاذا جزه فقد زال المانع لزوال الشغل فينفذ عند وجود القبض
كما لو وهب شقصا مشاعا ثم قسمه وسلمه ومنها ان يكون مالا متقوما
فلا تجوز هبة ما ليس بمال اصلا كالحر والميتة والدم وصيد الحرم والاحرام
والخنزير لما ذكرنا في البيع ولا هبة ما ليس بمال مطلق كام الولد والمدبر
والمكاتب المطلق لكونهم احرارا من وجه ولهذا لم يجز بيع هولا ولا هبة
ما ليس بمتقوم كالخمر ولهذا لم يجز بيعها ومنها ان يكون مملوكا في نفسه
فلا تجوز هبة المباحات لان الهبة تمليك وتمليك ما ليس بمملوك محال
ومنها ان يكون مملوكا للواهب فلا تجوز هبة مال الغير بغير اذنه لاستحالة
تمليك ما ليس بمملوك للمملك وان شئت رددت هذا الشرط الى الواهب
وكل ذلك صحيح لان المالك والمملوك من الاسما الاضافية والعلقة التي تدور
عليها الاضافة هي الملك ويجوز رد هذا الشرط الى الموهوب ويجوز رده
الى الواهب في صناعة الترتيب فافهم وسوا كان المملوك عينا او دينا
فتجوز هبة الدين لمن عليه الدين قياسا واستحسانا واما هبة الدين
لغير من عليه الدين فجائز ايضا اذا اذن له بالقبض فقبضه استحسانا
والقياس ان لا تجوز وان اذن له بالقبض وجه القياس ان القبض شرط
جواز الهبة وما في الذمة لا يحتمل القبض بخلاف ما اذا وهب لمن عليه لان
الدين في ذمته وذمته في قبضته وكان الدين في قبضه بواسطة قبض الذمة
وجه الاستحسان ان ما في الذمة مقدور التسليم والقبض الا ترى ان المديون
يجبر على تسليمه الا ان قبضه بقبض العين فاذا قبض العين قام قبضها مقام

هبة الدين

قبض عين ما في الذمة الا انه لا بد من الاذن بالقبض صريحا ولا يكتفي فيه بالقبض
بحضرة الواهب بخلاف هبة العين لما نذكره ان شا الله تعالى ومنها
ان يكون محوزا فلا تجوز هبة المشاع فيما يقسم وتجوز فيما لا يقسم كالعبد
والحمام والدرة ونحوها وهذا عندنا وعند الشافعي هذا ليس بشرط فتجوز
هبة المشاع فيما يقسم وفيما لا يقسم عنده احتج بظاهر قوله تعالى فنصف
ما فرضتم الا ان يعفون اوجب نصف المفروض في الطلاق قبل الدخول الا ان
يوجد الحط من الزوجات عن النصف من غير فصل بين العين والدين والمشاع
والمفرز فيدل على جواز هبة المشاع في الجملة وبما روي عن رسول الله صلى
الله عليه وسلم انه لما شدد في الغلول في الغنيمة في بعض الغزوات فقام الى
سنامة بعير واخذ منه وبرة ثم قال اما اني لا يحل لي من غنيمتكم ولو مثل
هذه الوبرة الا الخمس والخمس مردود فيكم ردوا الخيط والمخيط فان
الغلول عار وشنار على صاحبه يوم القيامة فجا اعرابي بكبة من شعر
فقال اخذت هذا لاصلح بها بردعة بعيري يا رسول الله فقال اما نصيبي
فهو لك وساسال لك الباقي وهذا هبة المشاع فيما يقسم وروي ان
رسول الله صلى الله عليه وسلم لما قدم المدينة نزل على ابي ايوب الانصاري
رضي الله عنه نظر الى موضع المسجد فوجده بين اسعد بن زراره وبين
رجلين من قومه فاستباع اسعد نصيبهما ليهب من رسول الله صلى الله
عليه وسلم وابيا ذلك فوهب اسعد نصيبه من النبي صلى الله عليه وسلم ووهبا
ايضا نصيبهما من رسول الله صلى الله عليه وسلم فقد قبل النبي صلى الله عليه وسلم
في نصيب اسعد وقبل في نصيب الرجلين ايضا ولو لم يكن جايزا لما قبل لان
ادنى حال فعل النبي صلى الله عليه وسلم الجواز ولان الشياع لا يمنع حكم هذا
التصرف ولا شرطه لان حكم الهبة الملك والشياع لا يمنع الملك الا ترى انه
يجوز بيع المشاع وشرطه هو القبض والشيوع لا يمنع القبض لانه يحصل

وكذا هبة المشاع فيما لا يقسم صح

قابضا للنصف المشاع بتخلية الكل ولهذا جازت هبة المشاع فيما لا يقسم وان
كان القبض فيها شرطا لثبوت الملك كذا هذا ولنا اجماع الصحابة رضي
الله عنهم فانه روي عن ابي بكر رضي الله عنه انه قال في مرض موته لعايشة
رضي الله عنها ان احب الناس الي غنى انت واعزهم علي فقرا انت واني كنت
نحلتك جداد عشرين وسقا من مالي بالعالية وانك لم تكوني قبضتيه ولا
حزتيه وانما هو اليوم مال الوارث اعتبر الصديق رضي الله عنه القبض

والقسمة

والقسمة في الهبة لثبوت الملك لان الحيازة في اللغة جمع الشي المتفرق في حيز
وهذا معنى القسمة لان الانصبا الشايعة قبل القسمة كانت متفرقة والقسمة
تجمع كل نصيب في حيز وروي عن عمر رضي الله عنه انه قال ما بال احدكم
ينحل ولده نحلى لا يحوزها ولا يقسمها ويقول ان مت فهو له وان مات
رجعت الي وايم الله لا ينحل احدكم ولده نحلى لا يحوزها ولا يقسمها فيموت
الا جعلتها ميراثا للورثة والمراد من الحيازة القبض هاهنا لانه ذكرها بمقابلة
القسمة حتى لا يودي الى التكرار اخرج الهبة من ان تكون موجبة للملك بدون
القبض والقسمة وروي عن علي رضي الله عنه انه قال من وهب ثلث كذا
وربع كذا لا يجوز ما لم يقاسم وكل ذلك كان بمحضر من اصحاب رسول الله صلى
الله عليه وسلم ورضي عنهم ولم ينقل انه انكر عليهم منكر فيكون اجماعا ولان
القبض شرط جواز هذا العقد والشيوع يمنع من القبض لان معنى القبض
هو التمكن من التصرف في المقبوض والتصرف في النصيب الشايع وحده
لا يتصور فان سكنى نصف الدار شايعا ولبس نصف الثوب شايعا محال
ولا يتمكن من التصرف فيه بالتصرف في الكل لان العقد لم يتناول الكل

لبس صح
ولا يجوز التصرف في الكل صح

وهكذا نقول في المشاع الذي لا ينقسم ان معنى القبض هناك لم يوجد لما
قلنا الا ان هناك ضرورة لانه يحتاج الى هبة بعضه ولا حكم للهبة بدون
القبض والشياع مانع من القبض الممكن للتصرف ولا سبيل الى ازالة
المانع بالقسمة لعدم احتمال القسمة فمست الضرورة الى الجواز واقامة
صورة التخلية مقام القبض الممكن من التصرف ولا ضرورة هاهنا لان
المحل محتمل للقسمة فيمكن ازالة المانع من القبض الممكن بالقسمة ونقول
الصحابة رضي الله عنهم شرطوا القبض المطلق والمطلق ينصرف الى
الكامل وقبض المشاع قبض قاصر لوجوده من حيث الصورة دون المعنى
على ما بينا الا انه اكتفي بالصورة في المشاع الذي لا يحتمل القسمة للضرورة
التي ذكرناها ولا ضرورة هاهنا فلزم اعتبار الكمال في القبض ولا يوجد
في المشاع ولان الهبة عقد تبرع فلو صحت في مشاع يحتمل القسمة لصار
عقد ضمان لان الموهوب له يملك مطالبة الواهب بالقسمة فيلزمه ضمان
القسمة فيودي الى تغيير المشروع ولهذا توقف الملك في الهبة على القبض
لما انه لو ملكه بنفس العقد لثبت له ولاية المطالبة بالتسليم فيودي الى
ايجاب الضمان في عقد التبرع وفيه تغيير المشروع كذا هذا بخلاف مشاع

لا يحتمل القسمة لان هناك لا يتصور ايجاب الضمان على المتبرع لان الضمان ضمان
القسمة والمحل لا يحتمل القسمة فهو الفرق واما الاية فلا حجة له فيها لان
المراد من المفروض الدين لا العين الا ترى انه قال الا ان يعفون والعفو اسقاط
واسقاط الاعيان لا يعقل وكذا الغالب في الجملة ان يكون دينا وهبة الدين
ممن عليه الدين جايز لانه اسقاط الدين عنه وانه جايز ط واما حديث
الكتبة فيحتمل ان يكون النبي صلى الله عليه وسلم وهب نصيبه منه واستوهب
له البقية من اصحاب الحقوق فوهبوا وسلموا م جملة وفي الحديث ما يدل
عليه فانه قال وسأسأل لك الباقي وما كان هو صلى الله عليه وسلم يخلف
في وعده وهبة المشاع على هذا السبيل جايزة عندنا على ان ذاك كان هبة
مشاع لا يقسم من حيث المعنى لان كبة واحدة اذا قسمت على الجم الغفير
لا يصيب كل واحد منهم الا نزر حقير لا ينتفع به فكان في معنى مشاع
لا ينقسم واما حديث اسعد بن زراره فحكاية حال يحتمل انه وهب
نصيبه وشريكاه وهبا نصيبهما منه وسلموا الكل جملة وهذا جايز عندنا
ويحتمل ان الانصبا كانت مقسومة مفرزة ويجوز ان يقال في مثل هذا
سهم اذا كانت الجملة متصلة بعضها ببعض كقرية بين جماعة انها
تضاف اليهم وان كانت انصباؤهم مقسومة واحتمل بخلافه فلا يكون
حجة مع الاحتمال لان حكاية الحال لا عموم لها ولو قسم ما وهب وافرزه
ثم سلمه الى الموهوب له جاز لان هبة الشايع عندنا منعقد موقوف على
القسمة والقبض بعد القسمة هو الصحيح اذ الشيوع لا يمنع ركن
العقد ولا حكمه وهو الملك ولا ساير الشرايط الا القبض الممكن من
التصرف فاذا قسم وقبض فقد زال المانع من النفاذ فينفذ وحديث
الصديق رضي الله عنه يدل عليه فانه قال لعايشة رضي الله عنها اني
كنت نحلتك جداد عشرين وسقا من مالي وكان ذلك هبة المشاع
فيما ينقسم لان النحل من الفاظ الهبة ولو لم تنعقد لما فعله الصديق
رضي الله عنه لانه ما كان ليعقد عقدا باطلا فدل قول الصديق على
انعقاد العقد في نفسه وتوقف حكمه على القسمة والقبض وهذا عين
مذهبنا والله اعلم وكذلك لو وهب نصف داره من رجل ولم يسلم
اليه ثم وهب منه النصف الاخر وسلم م لم تجز الهبة لان كل واحد منهما هبة
المشاع فيما ينقسم وهبة المشاع فيما ينقسم لا ينفذ الا بالقسمة والتسليم

ط في المشاع صح

م الكل صح

م اليه الكل فهذا جايز لما قلنا ولو وهب منه نصف الدار وسلم اليه بتخلية الكل ثم وهب منه النصف الاخر وسلم صح

الجواب

الجواب في هبة المشاع بين ان يكون من اجنبي او من شريكه كل ذلك لا يجوز لقول
جماعة من الصحابة رضي الله عنهم لا تجوز الهبة الا مقسومة محوزة من
غير فصل ولان المانع هو الشياع عند القبض وقد وجد وعلى هذا الخلاف
صدقة المشاع فيما ينقسم انها لا تجوز عندنا خلافا للشافعي وجه
قوله ان الشياع لا يمنع حكم التصرف وهو الملك ولا شرطه وهو القبض
فلا يمنع جوازه كالمفرز ولنا ان القبض شرط جواز الصدقة ومعنى
القبض لا يتحقق في الشايع او لا يتكامل فيه لما بينا في الهبة ولان التصدق
تبرع كالهبة وتصحيحه في المشاع يصيرها عقد ضمان فيتغير المشروع
على ما بينا في الهبة ولو وهب شيا ينقسم من رجلين كالدار والدراهم
والدنانير ونحوها وقبضاه لم يجز عند ابي حنيفة رحمه الله وجاز عند
ابي يوسف ومحمد واجمعوا على انه لو وهب رجلان من واحد شيا
ينقسم وقبضه يجوز فابو حنيفة رحمه الله يعتبر الشيوع عند القبض
وهما يعتبرانه عند العقد والقبض جميعا فلم يجوز ابو حنيفة رحمه الله
هبة الواحد من اثنين لوجود الشياع م في الحالين بل وجد في احدهما
دون الاخرى وجوزوا هبة الاثنين من واحد اما ابو حنيفة فلعدم الشيوع
وقت القبض واما هما فلانعدامه في الحالين لانه وجد عند العقد ولم
يوجد عند القبض ومدار الخلاف بينهم على حرف وهو ان هبة الدار
من رجلين تمليك كل الدار لهما جملة او تمليك النصف من احدهما والنصف
من الاخر م فيكون هبة المشاع فيما ينقسم لانه افرد تمليك كل نصف من كل
واحد منهما بعقد على حدة وعندهما هي تمليك الكل لا تمليك النصف
من هذا والنصف من ذاك فلا يكون تمليك الشايع فيجوز وجه
قولهما ان العمل بموجب الصيغة هو الاصل وذلك فيما قلنا لان قوله
وهبت هذه الدار لكما هبة كل الدار جملة منهما لا هبة النصف من احدهما
والنصف من الاخر لان ذلك توزيع وتفريق واللفظ لا يدل عليه ولا
يجوز العدول عن موجب اللفظ لغة الا لضرورة الصحة وفي العدول عن
ظاهر الصيغة ها هنا فساد العقد بسبب الشيوع فوجب العمل بظاهر
الصيغة وهو تمليك الكل منهما وموجب التمليك منهما ثبوت الملك لهما في
الكل وانما يثبت الملك لكل واحد منهما في النصف عند الانقسام ضرورة المزاحمة
واستوائهما في الاستحقاق اذ ليس كل واحد منهما اولى من الاخر لدخول كل واحد

م وقت القبض وهما جوزاها لانه لم يوجد الشياع صح

م فعند ابي حنيفة تمليك النصف من احدهما والنصف من الاخر صح

منهما في العقد على السوا كالاخوين في الميراث عند الاستوا في الدرجة ان الميراث
يكون بينهما نصفين وان كان سبب الاستحقاق في حق كل واحد منهما
على الكمال حتى لو انفرد احدهما يستحق كل المال واذا جازت المزاحمة
مع المساواة في الاستحقاق تثبت عند انقسام الميراث في النصف وكذا
الشفيعان يثبت لكل واحد منهما اخذ نصف الدار بالشفعة لضرورة
المزاحمة والاستوا في الاستحقاق وان كان السبب في حق كل واحد منهما
صالحا لاثبات حق الشفعة في الكل حتى لو سلم احدهما يكون الكل للاخر
وعلى هذا مسايل فلم يكن الانقسام على التناصف موجب الصيغة بل
لتضايق المحل ولهذا جاز الرهن من رجلين وكان ذلك رهنا من كل
واحد منهما على الكمال اذ لو كان رهن النصف من هذا والنصف من ذلك
لا يجوز لانه يكون رهن المشاع ولهذا لو قضى الراهن دين احدهما كان
للاخر حق حبس الكل دل ان ذلك رهن الكل من كل واحد منهما فكذا هذا
وجه قول ابي حنيفة رحمه الله ان هذا تمليك مضاف الى الشايع فلا يجوز
كما اذا ملك نصف الدار من احدهما والنصف من الاخر بعقد على حدة والدليل
على ان هذا تمليك مضاف الى الشايع ان قوله وهبت هذه الدار منكما اما
ان يكون تمليك كل الدار من كل واحد منهما واما ان يكون تمليك النصف
من احدهما والنصف من الاخر لا سبيل الى الاول لان الدار الواحدة يستحيل
ان تكون مملوكة لكل واحد منهما على الكمال والمحال لا يكون موجب العقد
فتعين الثاني وهو ان يكون تمليك النصف من احدهما والنصف من الاخر
ولهذا لم يملك كل واحد منهما التصرف في كل الدار بل في نصفها ولو كان
كل الدار مملوكا لكل واحد منهما الملك فكذا كل واحد منهما يملك مطالبة
صاحبه بالتهايي او بالقسمة وهذا اية ثبوت الملك له في النصف
واذا كان هذا تمليك الدار لهما على التناصف كان تمليكا مضافا الى الشايع
لانه افرد لكل واحد منهما العقد في النصف والشيوع يوثر في القبض
الممكن من التصرف على ما مر وقد خرج الجواب عن قولهما ان موجب الصيغة
ثبوت الملك في كل الدار لكل واحد منهما على الكمال لما ذكرنا ان هذا محال
والمحال لا يكون موجب العقد والعاقل بعقله يقصد امرا محالا ايضا فكان
موجب العقد التمليك منهما على التناصف لان هذا تمليك الدار منهما فكان عملا
بموجب الصيغة من غير احالة فكان اولى بخلاف الرهن لان الدار الواحدة

فصل

تصلح مرهونة عند كل واحد منهما لان الرهن هو الحبس واجتماعهما على الحبس
متصور بان يحبساه معًا او يضعاه جميعا على يدي عدل فتكون الدار محبوسة
عند كل واحد منهما وهذا مما لا يمكن تحقيقه في الملك وهو الفرق ثم عند ابي حنيفة
اذا وهب من رجلين فقسم ذلك وسلم الى كل واحد منهما جاز لان المانع هو الشيوع
عند القبض وقد زال هذا اذا وهب من رجلين شيا مما يقسم فان كان مما لا
يقسم جاز بالاجماع لما ذكرنا فيما تقدم ثم على اصلهما اذا قال لرجلين وهبت لكما
هذه الدار لهذا نصفها ولهذا نصفها اخرج تفسيرا للحكم الثابت بالعقد اذ لا يمكن
جعله تفسيرا لنفس العقد لانه وقع تمليك الدار جملة منهما على ما بينا فيجعل
تفسيرا للحكم فلا يوجب ذلك اشاعة في العقد ولو قال وهبت لك نصفها
ولهذا نصفها لم يجز لان الشيوع دخل في نفس العقد فمنع الجواز ولو قال وهبت
لكما هذه الدار ثلثها لهذا وثلثاها لهذا لم يجز عند ابي يوسف وجاز عند محمد
وجه قول محمد ان العقد متى جاز لاثنين يستوي فيه التساوي والتفاضل
كعقد البيع وجه قول ابي يوسف ان الجواز عند التساوي بطريق التفسير
للحكم الثابت وذلك لا يوجب شيوعا في العقد ولما فضل احد النصيبين
على الاخر تعذر جعله تفسيرا لان مطلق العقد لا يحتمل التفاضل فكان تفضيل
احد النصيبين في معنى افراد العقد لكل واحد منهما فكان هبة المشاع والشيوع
يوثر في الهبة ولا يوثر في البيع ولو رهن من رجلين لاحدهما ثلثه وللاخر
ثلثاه او نصفه لهذا ونصفه لهذا على التفاضل والتناصف لا يجوز بالاجماع
بخلاف ما اذا ابهم بان قال رهنت منكما انه يجوز ولو وهب من فقيرين شيا
ينقسم فالهبة من فقيرين بمنزلة التصدق عليهما لان الهبة من الفقير صدقة
لانه يبتغي بها وجه الله تعالى وسنذكر حكمها وعلى هذا يخرج هبة الشجر دون
الثمر والثمر دون الشجر والارض دون الزرع والزرع دون الارض انها غير جايزة
لان الموهوب متصل بما ليس بموهوب اتصال جز بجز فكان كهبة المشاع ولو
فصل وسلم جاز كما في هبة المشاع ولو تصدق بعشرة دراهم على رجلين فان
كانا غنيين لم يجز عند ابي حنيفة ويجوز عندهما لان التصدق على الغني هبة
في الحقيقة والهبة من اثنين لا تجوز عنده وعندهما جايزة وان كانا فقيرين
فعندهما تجوز كما تجوز الهبة من رجلين وعن ابي حنيفة فيه روايتان
في كتاب الهبة انه لا يجوز وفي الجامع الصغير انه يجوز وجه رواية كتاب
الهبة ان الشاع كما يمنع جواز الهبة يمنع جواز الصدقة على ما ذكرنا فيما تقدم

جاز لان قوله لهذا نصفها ولهذا نصفها صح

بالعقد صح

ع

وها هنا يتحقق الشيوع في القبض وجه رواية الجامع وهي الصحيحة
ان معني الشيوع في القبض لا يتحقق في الصدقة علي فقيرين لان المتصدق
يتقرب بالصدقة الي الله تعالي ثم الفقير يقبض من الله تعالي قال الله تعالي
الم يعلموا ان الله هو يقبل التوبة عن عباده وياخذ الصدقات وقال صلى الله
عليه وسلم الصدقة تقع في يد الرحمن قبل ان تقع في يد الفقير والله تعالي
واحد لا شريك له فلا يتحقق معني الشيوع كما لو تصدق علي فقير واحد ثم وكل
بقبضها وكيلين بخلاف التصدق علي غنيين لان الصدقة علي الغني لا يبتغي بها
وجه الله تعالي فكانت هدية في الحقيقة لا صدقة قال النبي صلى الله عليه وسلم الصدقة
يبتغي بها وجه الله تعالى والدار الاخرة والهدية يبتغي بها وجه الرسول
وقضا الحاجة والهدية هبة فيتحقق معني الشيوع في القبض وانه مانع
من الجواز عنده والله اعلم ومنها القبض وهو ان يكون الموهوب
مقبوضا وان شيت رددت هذا الشرط الي الموهوب لان القابض والمقبوض
من الاسما الاضافية والعلقة التي تدور عليها الاضافة من الجانبين هي
القبض فيصح رده الي كل واحد منهما في صناعة الترتيب فافهم والكلام
في هذا الشرط في موضعين في بيان اصل القبض انه شرط ام لا وفي
بيان شرايط صحة القبض اما الاول فقد اختلف فيه قال عامة العلما
شرط والموهوب قبل القبض علي ملك الواهب يتصرف فيه كيف يشا
وقال مالك ليس بشرط ويملكه الموهوب له من غير قبض وجه قوله
ان هذا عقد تبرع بتمليك العين فيفيد الملك قبل القبض كالوصية
ولنا اجماع الصحابة رضوان الله عليهم وهو ما روينا ان ابا بكر وعمر
رضي الله عنهما اعتبرا القسمة والقبض لجواز النحلي بحضرة الصحابة رضي الله عنهم
ولم ينقل انه انكر عليهما منكر فيكون اجماعا وروي عن ابي بكر وعمر وعثمان
وعلي وابن عباس رضي الله عنهم انهم قالوا لا تجوز الهبة الا مقبوضة
محوزة ولم يرو عن غيرهم خلافه ولانها عقد تبرع فلو صحت بدون
القبض لثبت للموهوب له ولاية مطالبة الواهب بالتسليم فيصير عقد
ضمان وهذا تغيير المشروع بخلاف الوصية لانه ليس في ايجاب الملك
فيها قبل القبض تغييرها عن موضوعها اذ لا مطالبة من قبل المتبرع
وهو الموصي لانه ميت وكذلك القبض شرط جواز الصدقة لا تملك
قبل القبض عند عامة العلما وقال ابن ابي ليلى وغيره من اهل الكوفة ليس

بشرط وتجوز الصدقة اذا اعلمه وان لم يقبض ولا تجوز الهبة ولا النحلي الا مقسومة
واحتجوا بما روي عن عمر وعلي انهما قالا اذا اعلمت الصدقة جازت من غير شرط
القبض ولنا ما روي عن رسول الله صلى الله عليه وسلم انه قال اخبرا عن الله
تعالي انه قال يا ابن ادم تقول مالي مالي وليس لك من مالك الا ما اكلت
فافنيت ولبست فابليت او تصدقت [فامضيت صح] اعتبر الامضا في الصدقة والامضا هو
التسليم دل انه شرط وروي عن ابي بكر وعمر وعثمان وابن عباس ومعاذ
بن جبل رضي الله عنهم انهم قالوا لا تتم الصدقة الا بالقبض ولان التصدق عقد
تبرع فلا يفيد الحكم بنفسه كالهبة وما روي عن عمر وعلي رضي الله عنهما محمول
علي صدقة الاب علي ابنه الصغير وبه نقول انه لا حاجة هناك الي القبض
حملناه علي هذا توفيقا بين الدلايل صيانة لها عن التناقض واما شرايط
صحة القبض [فانواع صح] فمنها ان يكون القبض باذن المالك لان الاذن بالقبض
شرط لصحة القبض في باب البيع حتي لو قبض المشتري من غير اذن البايع
قبل نقد الثمن كان للبايع حق الاسترداد فلان يكون شرطا في الهبة اولي
لان البيع يصح بدون القبض والهبة لا صحة لها بدونه فلما كان الاذن بالقبض
شرطا لصحته فيما لا تتوقف صحته علي القبض فلان يكون شرطا فيما تتوقف
صحته علي القبض اولي ولان القبض في باب الهبة يشبه الركن وان لم يكن
ركنا علي الحقيقة فيشبه القبول في باب البيع ولا يجوز القبول من
غير اذن البايع ورضاه فلا يجوز القبض من غير اذن الواهب ايضا والاذن
نوعان صريح ودلالة اما الصريح فنحو ان يقول اقبض واذنت لك بالقبض
او رضيت وما يجري هذا المجري فيجوز قبضه سوا قبض بحضرة الواهب
او بغير حضرته استحسانا والقياس ان لا يجوز قبضه بعد الافتراق [عن المجلس صح] وهو
قول زفر لان القبض عنده ركن بمنزلة القبول علي احد قوليه فلا يصح بعد
الافتراق عن المجلس كما لا يصح القبول عنده بعد الافتراق وان كان باذن
الواهب كالقبول في باب البيع وجه الاستحسان ما روي ان رسول الله
صلى الله عليه وسلم حمل اليه ست بدنات فجعلن يزدلفن اليه فقام
فنحرهن بيده وقال من شا فليقتطع وانصرف فقد اذن لهم رسول
الله صلى الله عليه وسلم بالقبض بعد الافتراق حيث اذن لهم بالقطع فيدل علي
جواز القبض واعتباره بعد الافتراق ولان الاذن بقبض الموهوب صريحا
بمنزلة اذن البايع بقبض المبيع وذلك يعمل بعد الافتراق حيث اذن لهم بالقطع

كذا هنا واما الدلالة فهي ان يقبض الموهوب له العين في المجلس ولا ينهاه الواهب
فيجوز قبضه استحسانا والقياس ان لا يجوز كما لا يجوز بعد الافتراق وهو
قول زفر وذكر القياس والاستحسان في الزيادات ولو قبض المشتري المبيع
بيعا جايزا بحضرة البايع قبل نقد الثمن لا يجوز قياسا واستحسانا حتى
كان له ان يسترده وفي البيع الفاسد اختلاف رواية الكرخي والطحاوي
ذكرناهما في البيوع وجه القياس ان القبض ركن في الهبة كالقبول فيها
فلا يجوز من غير اذن كالقبول في باب البيع وجه الاستحسان ان الاذن
بالقبض وجد من طريق الدلالة لان الاقدام على ايجاب الهبة اذن بالقبض
لانه دليل قصد التمليك ولا ثبوت للملك الا بالقبض فكان الاقدام على
الايجاب اذنا بالقبض دلالة والثابت دلالة كالثابت نصا بخلاف
ما بعد الافتراق لان الاقدام دلالة الاذن بالقبض في المجلس لا بعد الافتراق
ولان للقبض في باب الهبة شبها بالركن فاشبه القبول في باب
البيع وايجاب البيع يكون اذنا بالقبول في المجلس لا بعد الافتراق
فكذا ايجاب الهبة يكون اذنا بالقبض في المجلس لا بعد الافتراق
ولو وهب شيا متصلا بغيره مما لم تقع عليه الهبة كالثمر المعلق
على الشجر دون الشجر او الشجر دون الارض او حلية السيف دون
السيف او القفيز من الصبرة او الصوف على ظهر الغنم وغير ذلك مما لا جواز
للهبة فيه الا بالفصل والقبض فان قبض بغير اذن الواهب لم يجز القبض
سوا كان الفصل والقبض بحضرة الواهب او بغير حضرته لان الجواز في
المنفصل عند حضرة الواهب للاذن الثابت دلالة الايجاب ولم يوجد
هاهنا لان الايجاب لم يقع صحيحا عند وجوده فلا يصلح للاستدلال
على الاذن بالقبض وان قبض باذنه يجوز استحسانا والقياس ان لا يجوز
وهو قول زفر بنا على ان العقد اذا وقع فاسدا من حين وجوده لا يحتمل
الجواز عنده بحال لاستحالة انقلاب الفاسد جايزا وعند اصحابنا يحتمل
الجواز باسقاط المفسد مقصورا على الحال او من حين وجود العقد بطريق
الثبات على اختلاف الطريقين اللذين ذكرناهما في كتاب البيوع وكذلك
اذا وهب دينا له على انسان لاخر انه ان قبض الموهوب له باذن الواهب
صريحا جاز قبضه استحسانا والقياس ان لا يجوز وقد ذكرنا وجه
القياس والاستحسان فيما تقدم وان قبضه بحضرته ولم ينهه عن ذلك

م ففصل وقبض صح

ز

لا يجوز قياسا واستحسانا فرق بين العين وبين الدين ووجه الفرق ان الجواز
في هبة العين عند عدم التصريح بالاذن لكون الايجاب فيها دلالة الاذن بالقبض
لكونه دلالة قصد تمليك ما هو ملكه وايجاب الهبة في الدين لغير من عليه
الدين لا يصلح دلالة الاذن بقبضه لان دلالته بواسطة دلالة قصد
التمليك وتمليك الدين من غير من عليه الدين لا يتحقق الا بالتصريح بالاذن
بالقبض لانه اذا اذن له بالقبض صريحا اقام قبضه مقام قبض الواهب
فيصير بقبض العين قابضا للواهب اولا ويصير المقبوض ملكا له اولا ثم يصير
قابضا لنفسه من الواهب فيصير الواهب على هذا التقرير الذي ذكرنا واهبا
ملك نفسه والموهوب له قابضا ملك الواهب فصحت الهبة والقبض
واذا لم يصرح بالاذن بالقبض بقي المقبوض من المال العين على ملك من عليه
الدين فلم تصح هبته فيه فلا يجوز قبض الموهوب له فهو الفرق بين
الفصلين والله اعلم ومنها ان لا يكون الموهوب مشغولا بما ليس بموهوب
لان معنى القبض وهو التمكن من التصرف في المقبوض لا يتحقق مع الشغل وعلى
هذا يخرج ما اذا وهب دارا فيها متاع الواهب وسلم الدار اليه او سلم
الدار مع ما فيها من المتاع انه لا يجوز لان الفراغ شرط صحة التسليم
والقبض ولم يوجد قبل والحيلة في صحة التسليم ان يودع الواهب
المتاع عند الموهوب له اولا ويخلي بينه وبين المتاع ثم يسلم الدار اليه
فتجوز الهبة فيها لانها مشغولة بمتاع هو في يد الموهوب له وفي هذه
الحيلة اشكال وهي ان يد المودع يد المودع معنى فكانت يده قايمة
على المتاع فيمنع صحة التسليم ولو اخرج المتاع من الدار ثم سلم فارغا
جاز وينظر الى حال القبض لا الى حال العقد لان المانع من النفاذ قد
زال فتنفذ كما في هبة المشاع ولو وهب ما فيها من المتاع دون الدار وخلي
بينه وبين المتاع جازت الهبة لان المتاع لا يكون مشغولا بالدار والدار تكون
مشغولة بالمتاع لهذا افترقا فصح تسليم المتاع ولا يصح تسليم الدار ولو
جمع في الهبة بين الدار والمتاع الذي فيها فوهبهما جميعا صفقة واحدة
وخلي بينه وبينهما جازت الهبة فيهما جميعا لان التسليم قد صح فيهما جميعا
وان فرق بينهما في الهبة بان وهب احدهما ثم وهب الاخر فهذا لا يخلو اما
ان جمع بينهما في التسليم واما ان فرق بينهما فان جمع جازت الهبة فيهما
جميعا وان فرق في الهبة بان وهب احدهما وسلم ثم وهب الاخر وسلم نظر

م من الموهوب له صح

بلغ

في ذلك وروعي فيه الترتيب ان قدم هبة الدار فالهبة في الدار لم تجز لانها
مشغولة بالمتاع فلم يصح تسليم الدار وجازت في المتاع لانه غير مشغول
بالدار فيصح تسليمه ولو قدم هبة المتاع جازت الهبة فيهما جميعا اما
في المتاع فلانه غير مشغول بالدار فيصح تسليمه واما في الدار فلانها
وقت التسليم كانت مشغولة بمتاع هو ملك الموهوب له فلا يمنع صحة
القبض والله اعلم وعلى هذا الاصل يخرج ما اذا وهب جارية واستثنى ما في
بطنها او حيوانا واستثنى ما في بطنه انه لا يجوز لانه لو جاز لكان هبة ما هو
مشغول بغيره وانها غير جايزة لانه لا جواز لها بدون القبض ولكون الموهوب
مشغولا بغيره يمنع صحة القبض ولو اعتق ما في بطن جاريته ثم وهب الام
يجوز وذكر في العتاق انه لو دبر ما في بطن جاريته لا يجوز منهم من قال
في المسئلة روايتان وجه رواية عدم الجواز ان الموهوب مشغول بما ليس
بموهوب فاشبه هبة دار فيها متاع الواهب ووجه رواية الجواز وهي
رواية الكرخي ان حرية الجنين تجعله مستثنى من العقد لكون حكم العقد
لم يثبت فيه مع تناوله اياه ظاهرا وهذا معنى الاستثناء ولو استثناه لفظا
جازت الهبة في الام فكذا اذا كان مستثنى من حيث المعنى ومنهم من قال
في المسئلة رواية واحدة وفرق بين الاعتاق والتدبير ووجه الفرق
ان المدبر مال المولى فاذا وهب الام فقد وهب ما هو مشغول بمال
الواهب فلم تجز كهبة دار فيها متاع الواهب فاما الحر فليس بمال فصار كما
لو وهب دارا فيها حر جالس وذا لا يمنع جواز الهبة كذا هذا ومنها
ان لا يكون الموهوب متصلا بما ليس بموهوب اتصال الاجزاء لان قبض الموهوب
وحده لا يتصور وغيره ليس بموهوب فكان هذا في معنى المشاع وعلى
هذا يخرج ما اذا وهب ارضا فيها زرع دون الزرع او شجرا عليها ثمر
دون الثمر او وهب الزرع دون الارض او الثمر دون الشجر وخلى بينه
وبين الموهوب فانه لا يجوز لان الموهوب متصل بما ليس بموهوب
اتصال جزء فيمنع صحة القبض ولو جذ الثمر وحصد الزرع ثم سلم
فارغا جاز لان المانع من النفاذ وهو ثبوت الملك قد زال ولو جمع
بينهما في الهبة فوهبهما جميعا وسلم متفرقا جاز ولو فرق بينهما في
الهبة فوهب كل واحد منهما في عقد على حدة بان وهب الارض ثم
الزرع او الزرع ثم الارض فان جمع بينهما في التسليم جازت الهبة فيهما

جميعا

جميعا فان فرق لا يجوز الهبة فيهما جميعا قدم او اخر سوا بخلاف الفصل الاول
لان المانع من صحة القبض هاهنا الاتصال وانه لا يختلف والمانع هناك الشغل
وانه يختلف نظير هذا ما اذا وهب نصف دار مشاع من رجل ولم يسلم
اليه حتى وهب النصف الباقي منه وسلم الكل انه يجوز ولو وهب النصف
وسلم ثم وهب الباقي وسلم لا يجوز كذا هذا وعلى هذا يخرج ما اذا وهب صوفا
على ظهر غنم انه لا يجوز لان الموهوب متصل بما ليس بموهوب وهذا يمنع صحة
القبض ولو جزه وسلمه جاز لزوال المانع والله اعلم وعلى هذا اذا وهب
دابة عليها حمل بدون الحمل انه لا يجوز ولو رفع الحمل عنها وسلمها فارغا
جاز لما قلنا والله اعلم بخلاف هبة ما في بطن جاريته او ما في بطن غنمه او ما
في ضرعها او وهبه سمنا في لبن او دهنا في سمسم او زيتا في زيتون او
دقيقا في حنطة انه يبطل وان سلطه على قبضه عند الولادة وعند استخراج
ذلك لان الموهوب هناك ليس محل العقد لكونه معدوما ولهذا لم يجز بيعها
فلا تجوز هبتها وهاهنا بخلافه على ما ذكرناه فيما تقدم ومنها اهلية
القبض وهي العقل فلا يجوز قبض الصبي والمجنون الذي لا يعقل واما
البلوغ فليس بشرط لصحة القبض استحسانا فيجوز قبض الصبي العاقل ما
وهب له والقياس ان يكون شرطا ولا يجوز قبض الصبي وان كان عاقلا
وجه القياس ان القبض من باب الولاية ولا ولاية له على نفسه فلا يجوز
قبضه في الهبة كما لا يجوز في البيع وجه الاستحسان ان قبض الهبة من
التصرفات النافعة المحضة فيملكه الصبي العاقل كما يملكه وليه ومن هو
في عياله وكذا الصبية اذا عقلت جاز قبضها لما قلنا وكذلك الحرية ليست
بشرط فيجوز قبض العبد المحجور اذا وهب له هبة ولا يجوز قبض المولى
عنه سوا كان على المولى دين او لم يكن فالقبض الى العبد والملك للمولى في
المقبوض لان القبض من حقوق العقد والعقد وقع للعبد وكان له القبض
ولان الاصل هو الحرية في بني ادم والرق عارض وكان الاصل فيهم اهلية
التصرف لهم والانحجار بعارض الرق عن تصرف يتضمن الضرر بالمولى
ولم يوجد فبقي فيه على اصل الحرية والمقبوض كسب العبد وكسب القن
للمولى وكذلك المكاتب اذا وهب له هبة فالقبض اليه ولا يجوز قبض
المولى عنه لما قلنا في القن واذا قبض المكاتب فهو احق به ولا يملكه المولى
لان الهبة كسبه والمكاتب احق باكسابه ومنها الولاية في احد نوعي القبض

وجملة الكلام فيه ان القبض نوعان قبض بطريق الاصالة وقبض بطريق النيابة
اما القبض بطريق الاصالة فهو ان يقبض بنفسه لنفسه وشرط جوازه
العقل فقط على ما بينا واما القبض بطريق النيابة فالنيابة في القبض
نوعان نوع يرجع الى القابض ونوع يرجع الى نفس القبض اما الذي يرجع
الى القابض فهو القبض للصبي وشرط جوازه الولاية والحجر والعيلة
عند عدم الولاية فيقبض للصبي وليه او من كان الصبي في حجره وعياله عند
عدم الولي فيقبض له ابوه ثم وصي ابيه بعده ثم جده ابو ابيه بعد ابيه
ووصيه ثم وصي جده بعده سوا كان الصبي في عيال هولا او لم يكن فيجوز
قبضهم على هذا الترتيب حال حضرتهم لان لهولاء ولاية عليه فيجوز قبضهم
له واذا غاب احدهم غيبة منقطعة جاز قبض الذي يتلوه في الولاية لان
التاخير الى قدوم الغايب تفويت المنفعة على الصغير فتنتقل الولاية الى
من يتلوه وان كان دونه كما في ولاية النكاح ولا يجوز قبض غير هولا الاربعة
مع وجود واحد منهم سوا كان الصبي في عيال القابض او لم يكن وسوا
كان ذا رحم محرم منه كالاخ والعم والام ونحوهم او اجنبيا لانه ليس لغير
هولا ولاية التصرف في مال الصبي فقيام ولاية التصرف لهم يمنع ثبوت
حق القبض لغيرهم فان لم يكن احد من هولا الاربعة جاز قبض من كان
الصبي في حجره وعياله استحسانا والقياس ان لا يجوز لفقد الولاية ولا
يجوز قبض من لم يكن في عياله اجنبيا كان او ذا رحم منه قياسا واستحسانا
وانما كان كذلك لان الذي هو في عياله له عليه ضرب ولاية الا ترى انه يوده
ويسلمه في الصنايع التي للصبي فيها منفعة وللصبي في قبض الهبة منفعة
محضة فقيام هذا القدر من الولاية يكفي لتصرف فيه منفعة محضة للصبي
واما من ليس في عياله فلا ولاية له عليه اصلا فلا يجوز قبضه له كالاجنبي
ويقبض للصبية اذا عقلت ولها زوج قد دخل بها زوجها ايضا استحسانا
لانها في عياله لكن هذا اذا لم يكن واحد من هولا فاما عند وجود واحد
منهم فلا يجوز قبض الزوج كذا ذكره الحاكم الجليل في مختصره والله اعلم بالصواب
واما الذي يرجع الى نفس القبض فهو ان القبض الموجود وقت الهبة
ينوب عن قبض الهبة سوا كان الموجود وقت العقد مثل قبض الهبة او
اقوى منه لانه اذا كان مثله امكن تحقيق التناوب اذ المماثلان ينوب
كل واحد منهما مناب صاحبه ويسد مسده فتثبت المناوبة مقتضي

المماثلة

المماثلة واذا كان اقوى منه يوجد فيه المستحق ~~صه~~ وزيادة وبيان هذا في
مسايل اذا كان الموهوب في يد الموهوب له وديعة او عارية فوهب منه
جازت وصار قابضا بنفس العقد ووقع العقد والقبض معا ولا يحتاج
الى تجديد القبض بعد العقد استحسانا والقياس ان لا يصير قابضا ما
لم يجدد القبض وهو ان يخلي بين نفسه وبين الموهوب بعد العقد
وجه القياس ان يد المودع ان كان يده صورة فهي يد المودع وكان
المال في يده معنى فصار كانه وهب له ما في يده فلا بد من القبض بالتخلية
وجه الاستحسان ان القبضين متماثلان لان كل واحد منهما قبض غير
مضمون اذ الهبة عقد تبرع وكذا عقد الوديعة والعارية فتماثل القبضان
فيتناوبا بان ضرورة بخلاف بيع الوديعة والعارية من المودع والمستعير
ان قبضهما لا ينوب عن قبض البيع لانه قبض امانة وقبض البيع قبض ضمان
فلم يتماثل القبضان بل الموجود ادون من المستحق فلم يتناوبا ولو كان الموهوب
في يده مغصوبا او مقبوضا ببيع فاسد او مقبوضا على سوم الشرا فكذلك
ينوب ذلك عن قبض الهبة لوجود المستحق بالعقد وهو اصل القبض
وزيادة ضمان ولو كان الموهوب مرهونا في يده ذكر في الجامع انه يصير
قابضا وينوب قبض الرهن عن قبض الهبة لان قبض الهبة قبض امانة
وقبض الرهن في حق العين قبض امانة ايضا فتماثلان فينوب احدهما
عن الاخر ولين كان قبض الرهن قبض ضمان فقبض الضمان اقوى من
قبض الامانة والاعلى ينوب عن الادنى فيه وزيادة واذا صحت الهبة
بالقبض بطل الرهن ويرجع المرتهن بدينه على الراهن وذكر الكرخي
انه لا يصير قابضا حتى يجدد القبض بعد عقد الهبة لان قبض الرهن
وان كان قبض ضمان لكن هذا لا تصح البراة منه فلا يحتمل الابرا بالهبة ليصير
قبض امانة فيتجانس القبضان فيبقى قبض ضمان فاختلف القبضان فلا
يتناوبان بخلاف المغصوب والمقبوض على سوم الشرا لان ذلك الضمان
مما يصح البراة عنه فيبرا عنه بالهبة فيبقى قبض بغير ضمان فتماثل
القبضان ~~ولا~~ فتناوبا والله اعلم ولو كان مبيعا قبل القبض فوهبه من
البايع لا يكون هبة بل يكون اقالة لا يصح بدون قبول البايع ولو باعه
من البايع قبل القبض لا يجعل اقالة بل يبطل اصلا وراسا والفرق بينهما ذكرناه
في كتاب البيوع ولو علم لابنه الصغير شيا جاز ويصير قابضا له مع

معنًى صح

لوجود الادنى صح

ضمان صح

جاز ولكن صح

حتى صح

العقد كما اذا باع ماله منه حتي لو هلك عقيب البيع يهلك من مال الصغير
لصيرورته قابضا للصغير مع العقد وينبغي للرجل ان يعدل بين اولاده
في النحلي لقوله تعالي ان الله يامر بالعدل والاحسان واما كيفية العدل فقد
قال ابو يوسف رحمه الله العدل في ذلك ان يسوي بينهم في العطية ولا يفضل
الذكر علي الانثي وقال محمد العدل بينهم ان يعطيهم علي سبيل المواريث للذكر
مثل حظ الانثيين كذا ذكر القاضي الاختلاف بينهما في شرحه مختصر الطحاوي
وذكر محمد رحمه الله في الموطا ينبغي للرجل ان يسوي بين ولده في النحلة ولا
يفضل بعضهم علي بعض فظاهر هذا يقتضي ان يكون قوله مع قول ابي يوسف
وهو الصحيح ان بشيرا ابا النعمان اتي بالنعمان الي رسول الله صلى الله
عليه وسلم فقال اني نحلت ابني هذا غلاما كان لي فقال له رسول الله صلى الله عليه
وسلم اكل ولدك نحلته مثل هذا قال لا فقال عليه السلام فارجعه وهذا
اشارة الي ان العدل بين الاولاد في النحلة هو التسوية بينهم ولان في التسوية
تاليف القلوب والتفضيل يورث الوحشة بينهم فكان التسوية اولي ولو نحل
بعضا وحرم بعضا جاز من طريق الحكم لانه تصرف في خالص ملكه لا حق
لاحد فيه الا انه لا يكون عدلا سوا كان المحروم فقيها تقيا او جاهلا فاسقا
علي قول المتقدمين من مشايخنا واما علي قول المتاخرين منهم من قال لا باس ان
يعطي للمتادبين منهم والمتفقهين دون الفسقة الفجرة

فصل

واما حكم الهبة فالكلام فيه في ثلاث مواضع في بيان اصل الحكم وفي
بيان صفته وفي بيان ما يرفع الحكم اما اصل الحكم فهو ثبوت الملك للموهوب
له من غير عوض لان الهبة تمليك العين من غير عوض فكان حكمها ملك العين
من غير عوض واما صفته فقد اختلف فيها قال اصحابنا رحمهم الله هي ثبوت
ملك غير لازم في الاصل وللواهب ان يرجع في هبته وانما يثبت اللزوم
ويمتنع الرجوع باسباب عارضة وقال الشافعي رحمه الله الثابت
بالهبة ملك لازم في الاصل ولا يثبت الرجوع الا في هبة خاصة وهي
هبة الوالد لولده فيقع الكلام في هذا الفصل في مواضع في بيان ثبوت
حق الرجوع وفي بيان شرائط صحة الرجوع بعد ثبوت الحق وفي بيان العوارض
المانعة من الرجوع في الهبة وفي بيان ماهية الرجوع وحكمه شرعا
اما الاول فحق الرجوع في الهبة ثابت عندنا خلافا للشافعي احتج الشافعي
بما روي عن رسول الله صلى الله عليه وسلم انه قال لا يحل لواهب ان يرجع في

هبته

42

هبته الا فيما يهب الوالد لولده وهذا نص في مسلة هبة الاجنبي والوالد
وروي عن النبي صلى الله عليه وسلم انه قال العايد في هبته كالعايد في قيئه
والعود في القي حرام كذا في الهبة ولان الاصل في العقود هو اللزوم والامتناع
يعارض خلل في المقصود ولم يوجد لان المقصود من الهبة اكتساب
الصيت باظهار الجود والسخا لا طلب العوض فمن طلب منها عوضا فقد
طلب من العقد ما لم يوضع له فلا يعتبر طلبه ولنا الكتاب والسنة
واجماع الصحابة رضي الله عنهم اما الكتاب فقوله تعالي واذا حييتم بتحية
فحيوا باحسن منها او ردوها والتحية وان كانت تستعمل في معاني من
التسليم والثنا والهدية بالمال قال قابلهم تحيتهم تبصرا او لا
بد منهم لكن الثالث يكون مرادا بقرينة في نفس الاية وهو قوله
او ردوها لان الرد انما يتحقق في الاعيان لا في الاعراض لانه عبارة عن
اعادة الشي وذا لا يتصور في الاعراض والمشترك يتعين احد وجوهه
بالدليل واما السنة فما روي عن ابي هريرة رضي الله عنه انه قال قال
رسول الله صلى الله عليه وسلم الواهب احق بهبته ما لم يثب منها
اي يعوض وهذا نص في الباب واما اجماع الصحابة فانه روي عن
عمر وعثمان وعلي وعبد الله بن عمر وابي الدردا وفضالة بن عبيد
وغيرهم رضي الله عنهم انهم قالوا مثل مذهبنا ولم يرو عن غيرهم خلافه
فيكون اجماعا ولان العوض المالي قد يكون مقصودا من الهبة للاجانب
فان الانسان قد يهب من الاجنبي احسانا اليه وانعاما عليه وقد يهب
له طمعا في المكافاة والمجازاة عرفا وعادة والموهوب له مندوب الي
ذلك شرعا قال الله تعالي هل جزا الاحسان الا الاحسان وقال صلى الله
عليه وسلم من اصطنع اليكم معروفا فكافيوه فان لم تجدوا ما تكافيوه
فادعوا له حتى تعلموا انكم قد كافيتموه وقال تهادوا تحابوا والتهادي
تفاعل من الهدية فيقتضي الفعل من اثنين وقد لا يحصل هذا المقصود
من الاجنبي وفوات المقصود في عقد محتمل للفسخ يمنع لزومه كالبيع
لانه يعدم الرضا والرضا في هذا الباب كما هو شرط الصحة فهو شرط
اللزوم كما في باب البيع اذا وجد المشتري المبيع معيبا لم يلزم العقد
لعدم الرضا عند عدم حصول المقصود وهو السلامة كذا هنا واما
الحديث الاول فله تاويلان احدهما انه محمول علي الرجوع بغير قضا

ولا رضا وذلك لا يجوز عندنا الا فيما يهب الوالد لولده فانه يحل له اخذه
من غير رضا الولد ولا قضا القاضي اذا احتاج اليه للانفاق على نفسه
والثاني انه محمول على نفي الحل من حيث المروة والخلق لا من حيث الحكم لان
نفي الحل يحتمل ذلك كما في قوله تعالى لا يحل لك النساء من بعد قيل في بعض
التاويلات لا يحل لك من حيث المروة والخلق ان تتزوج عليهن بعد
ما اخترن اياك والدار الاخرة على الدنيا وما فيها من الزينة لا من حيث
الحكم اذ كان يحل له التزوج بغيرهن وهو تاويل الحديث الاخر ان المراد
منه التشبيه من حيث ظاهر القبح مروة وخلقا لا شرعا الا ترى انه
قال في رواية اخرى العايد في هبته كالكلب يقيء ثم يعود في قيئه وفي
الكلب لا يوصف بالحرمة الشرعية لكنه يوصف بالقبح الطبيعي
كذا هاهنا وقوله فيما يهب الوالد لولده محمول على اخذ مال الابن عند حاجته
اليه لكنه سماه رجوعا لتصوره بصورة الرجوع مجازا وان لم يكن رجوعا
حقيقة على ما نذكر في تلك المسئلة ان شا الله تعالى واما شرط صحة
الرجوع بعد ثبوت الحق فقضا القاضي او التراضي حتى لا يصح بدون القضا
والرضا لان الرجوع فسخ العقد بعد تمامه وفسخ العقد بعد تمامه لا يصح
بدون القضا والرضا لان الرجوع كالرد بالعيب في البيع بعد القبض واما
العوارض المانعة من الرجوع فمنها هلاك الموهوب لانه لا سبيل الى
الرجوع في الهالك ولا سبيل الى الرجوع في قيمته لانها ليست بموهوبة
لانعدام ورود العقد عليها ومنها خروج الموهوب عن ملك الموهوب له
باي سبب كان من البيع والهبة والموت ونحوها لان الملك يختلف بهذه
الاسباب اما بالبيع والهبة ونحوهما فظاهر وكذلك بالموت لان
الثابت للوارث غير ما كان ثابتا للمورث حقيقة لان الملك عرض
يتجدد في كل زمان الا انه مع تجدده حقيقة جعل متجددا تقديرا في
حق المحل حتى يرد الوارث بالعيب ويرد عليه فيجب العمل بالحقيقة في
حق المالك فاختلف الملكان واختلاف الملكين بمنزلة اختلاف
العينين ثم لو وهب عينا لم يكن له ان يرجع في عين اخرى فكذلك اذا اوجب
ملكا لم يكن له ان يفسخ ملكا اخر بخلاف ما اذا وهب لعبد رجل هبة
فقبضها العبد ان للواهب ان يرجع فيها لان الملك هناك لم يختلف لان الهبة
انعقدت موجبة للملك للمولى ابتدا فلم يختلف الملك وكذا الهبة اذا وهب له
مكاتب

هبة

هبة وقبضها فللواهب ان يرجع لما قلنا وكذلك ان عتق المكاتب لان
الملك الذي اوجبته الهبة قد استقر بالقبض فكانه وهب له بعد
العتق فان عجز المكاتب ورد في الرق فللواهب ان يرجع عند ابي يوسف
وعند محمد ليس له ان يرجع وهذا بنا على ان المكاتب اذا عجز عن اداء بدل
الكتابة فالمولى يملك اكسابه بحكم الملك الاول او يملكها ملكا مبتدا فعند
ابي يوسف يملكها بحكم الملك الاول فلم يختلف الملك فكان له ان يرجع
وعند محمد يملكها ملكا مبتدا فاختلف الملك فمنع الرجوع وجه
قول محمد ان ملك الكسب للمولى قد بطل بالكتابة لان المكاتب صار احق
باكسابه بالكتابة فبطل ملك المولى في الكسب والباطل لا يحتمل العود فكان تملكا
مبتدا فمنع الرجوع كملك الوارث وجه قول ابي يوسف ان سبب
ثبوت ملك الكسب هو ملك الرقبة وملك الرقبة قايم بعد الكتابة الا
انه امتنع ظهوره في ملك الكسب للمولى لضرورة التوصل الى المقصود من
الكتابة في جانب المكاتب هو شرف الحرية باداء بدل الكتابة واذا عجز
زالت الضرورة فظهر ملك الكسب تبعا لملك الرقبة فلم يكن هذا ملكا
مبتدا والله اعلم ومنها الزيادة في الموهوب زيادة متصلة وجملة
الكلام في زيادة الهبة انها لا تخلوا اما ان كانت متصلة بالاصل واما ان
كانت منفصلة فان كانت متصلة بالاصل نحو ما اذا كان الموهوب جارية
هزيلة فسمنت او دارا فبنى فيها او ارضا فغرس فيها غرسا او نصب دولابا
وغير ذلك مما يستقى به وهو مثبت في الارض مبني عليها على وجه يدخل
في بيع الارض من غير تسمية قليلا كان او كثيرا او كان الموهوب ثوبا فصبغه
بعصفر او زعفران او قطعه قميصا وخاطه او جبة وحشاه او قبا لانه لا
سبيل الى الرجوع في الاصل مع الزيادة لان الزيادة ليست بموهوبة اذ لم يرد
عليها العقد فلا يجوز ان يرد عليها الفسخ ولا سبيل الى الرجوع في الاصل
بدون الزيادة لانه غير ممكن فامتنع الرجوع اصلا وان صبغ الثوب بصبغ لا
يزيد فيه او ينقصه فله ان يرجع لان المانع من الرجوع هو الزيادة فاذا لم
يزده الصبغ في القيمة التحقت الزيادة بالعدم وان كانت الزيادة
منفصلة فانها لا تمنع الرجوع سوا كانت متولدة من الاصل كالولد واللبن
والثمرة او غير متولدة كالارش والعقر والكسب والغلة لان هذه الزوايد لم
يرد عليها العقد فلا يرد عليها الفسخ وانما ورد على الاصل ويمكن فسخ العقد

م هذا صح

م ومنها موت الواهب لان الوارث لم يوجب الملك للموهوب له فكيف يرجع في ملك لم يوجبه صح

م فانها تمنع الرجوع سواء كانت الزيادة بفعل الموهوب له او لا بفعله وسواء كانت متولدة او غير متولدة صح

في الاصل دون الزيادة بخلاف المتصلة وبخلاف ولد المبيع انه يمنع الرد بالعيب
لان المانع هناك هو الربا لانه يبقى الولد بعد رد الام بكل الثمن مبيعا مقصودا
لا يقابله عوض وهذا تفسير الربا ومعنى الربا لا يتقدر في الهبة لان جريان
الربا يختص بالمعاوضات فجاز ان يبقى الولد موهوبا مقصودا بلا عوض
بخلاف المبيع وكذلك الزيادة في السعر لا تمنع الرجوع لانه لا تعلق لها بالموهوب
وانما هي رغبة يحدثها الله تعالى في القلوب فلا تمنع الرجوع ولهذا لم تعتبر هذه
الزيادة في اصول الشرع فلا يعتبر ضمان الغصب ولا الرهن ولا تمنع الرد
بالعيب واما نقصان الموهوب فلا يمنع الرجوع لان ذلك رجوع في بعض
الموهوب وله ان يرجع في بعض الموهوب مع بقايه بكماله فكذا اذا نقص
ولا يضمن الموهوب له النقصان لان قبض الهبة ليس بقبض مضمون ومنها
العوض لما روينا عن رسول الله صلى الله عليه وسلم انه قال الواهب احق بهبته
ما لم يثب منها اي ما لم يعوض ولان التعويض دليل على ان مقصود الواهب
هو الوصول الى العوض فاذا وصل فقد حصل مقصوده فيمتنع الرجوع وسوا
قل العوض او كثر لما روينا من الحديث من غير فصل والعوض نوعان متاخر
عن العقد ومشروط في العقد اما العوض المتاخر عن العقد فالكلام فيه في
موضعين احدهما في بيان شرط جواز هذا التعويض وصيرورة الثاني
عوضا والثاني في بيان ما يبطله هذا التعويض اما الاول فله شرايط ثلاثة
احدها مقابلة العوض بالهبة وهو ان يكون التعويض بلفظ يدل على المقابلة
نحو ان يقول هذا عوض عن هبتك او بدل هبتك او مكان هبتك او نحلتك
هذا عن هبتك او تصدقت بهذا بدلا عن هبتك او كافاتك او جازيتك او
اثبتك او ما يجري هذا المجرى لان العوض اسم لما يقابل المعوض فلا بد من
لفظ يدل على المقابلة حتى لو وهب الانسان شيا وقبضه الموهوب له ثم ان
الموهوب له ايضا وهب شيا للواهب ولم يقل هذا عوض عن هبتك ونحو ذلك
مما ذكرنا لم يكن عوضا بل كانت هبة مبتداة ولكل منهما حق الرجوع لانه لم يجعل
الثاني مقابلا بالاول لانعدام ما يدل على المقابلة وكانت مبتداة فيثبت فيها
الرجوع والثاني ان لا يكون العوض في العقد مملوكا بذلك العقد حتى لو عوض
الموهوب له الواهب الموهوب لا يصح ولم يكن عوضا ولو عوضه ببعض الموهوب
عن باقيه فان كان الموهوب على حاله التي وقع عليها العقد لم يكن عوضا لان
التعويض ببعض الموهوب لا يكون مقصود الواهب عادة اذ لو كان مقصوده لامسكه

ولم

ولم يهبه فلم يحصل مقصوده بتعويض بعض ما دخل تحت العقد فلا
يبطل حق الرجوع وان كان الموهوب قد تغير عن حاله تغيرا يمنع الرجوع فان
بعض الموهوب يكون عوضا عن الباقي لانه بالتغير صار بمنزلة عين اخرى
فتصلح عوضا هذا اذا وهب شيا واحدا او اثنين في عقد واحد فاما اذا
وهب شيين في عقدين فعوض احدهما عن الاخر فقد اختلف فيه قال
ابو حنيفة ومحمد يكون عوضا وقال ابو يوسف لا يكون عوضا وجه
قول ابي يوسف ان حق الرجوع ثابت في عين ما عوض لانه موهوب والرجوع (م حق صح)
ثابت في الهبة شرعا فاذا عوض يقع عن الحق المستحق شرعا فلا يقع موقع
العوض بخلاف ما اذا تغير الموهوب فجعل بعضه عوضا عن الباقي انه يجوز
وكان عوضا لان حق الرجوع قد بطل بالتغير فجاز ان يقع موقع العوض
وجه قولهما انهما ملكا بعقدين متباينين فجاز ان يجعل احدهما
عوض الاخر وهذا لانه يجوز ان يكون مقصود الواهب من هبته الثانية عود
الهبة الاولى لان الانسان قد يهب شيا ثم يبدو له فصار الموهوب باحد
العقدين بمنزلة عين اخرى بخلاف ما اذا عوض بعض الموهوب عن الباقي
وهو على حاله التي وقع عليها العقد لان بعض الموهوب لا يكون مقصود الوا (هب)
فان الانسان لا يهب شيا ليسلم له بعضه عوضا عن باقيه وقوله حق الرجوع
ثابت شرعا نعم لكن الرجوع في الهبة ليس بواجب فلا يمنع وقوعه عن
جهة اخرى كما لو باعه منه ولو وهب له شيا وتصدق عليه بشي فعوضه
الصدقة عن الهبة كانت عوضا بالاجماع على اختلاف الاصلين اما على اصل
ابي حنيفة ومحمد فلا يشكل لانهما لو ملكا بعقدين متفقين لجاز ان يكون
احدهما عوضا عن الاخر فعند اختلاف العقدين اولى واما على اصل
ابي يوسف فلان الصدقة لا يثبت فيها حق الرجوع فوقعت موقع العوض
والثالث سلامة العوض للواهب فان لم يسلم بان استحق من يده لم يكن
عوضا وله ان يرجع في الهبة لان بالاستحقاق تبين ان التعويض لم يصح وكانه
لم يعوض اصلا فله ان يرجع ان كان الموهوب قايما بعينه لم يهلك ولم
يزدد خيرا ولم يحدث فيه ما يمنع الرجوع فان كان قد هلك او استهلكه
الموهوب له لم يضمنه كما لو هلك او استهلكه قبل التعويض وكذا اذا ازداد خيرا لم (اذا صح)
يضمن كما قبل التعويض ولو استحق بعض العوض وبقي البعض فالباقي
عوض عن كل الموهوب وان شاء رد ما بقي من العوض ورجع في كل الموهوب

ولم يحدث فيه ما يمنع الرجوع صح

ان كان قايما في يده وهذا قول اصحابنا الثلاثة وقال زفر يرجع في الهبة
بقدر المستحق من العوض وجه قوله ان معنى المعاوضة تثبت من الجانبين
جميعا فكما ان الثاني عوض عن الاول فالاول يصير عوضا عن الثاني ثم لو
استحق بعض الهبة الاولى كان للموهوب له ان يرجع في بعض العوض فكذا
اذا استحق بعض العوض كان للواهب ان يرجع في بعض الهبة تحقيقا للمعاوضة
ولنا ان الباقي يصلح عوضا عن كل الهبة الا ترى انه لو لم يعوضه الا به
في الابتدا كان عوضا مانعا من الرجوع وكذا في حالة البقا الا ان البقا اسهل الا
ان للواهب ان يرده ويرجع في الهبة لان الموهوب له غره حيث عوضه
لاسقاط الرجوع بشي لم يسلم له فيثبت له الخيار واما سلامة الموهوب
للموهوب له فشرطه لزوم التعويض حتى لو استحق الموهوب كان للموهوب
ان يرجع فيما عوض لانه انما عوض ليسقط حق الرجوع في الهبة الاولى فاذا
استحق الموهوب تبين ان حق الرجوع لم يكن ثابتا فصار كمن صالح عن دين
ثم تبين انه لا دين عليه وكذلك لو استحق نصف الموهوب فللموهوب له
ان يرجع في نصف العوض ان كان الموهوب مما يحتمل القسمة لانه انما جعل
عوضا عن حق الرجوع في جميع الهبة فاذا لم يسلم له بعضه يرجع في العوض
بقدره سوا زاد العوض او نقص في السعر وزاد في البدن وان نقص في البدن
كان له ان ياخذ نصفه ونصف النقصان كذا روي عن محمد رحمه الله في
الاملا وانما لم تمنع الزيادة عن الرجوع في العوض لانه تبين انه قبضه بغير
حق فصار كالمقبوض بعقد فاسد فيثبت الفسخ في الزيادة فان قال
الموهوب له اردّ ما بقي من الهبة وارجع في العوض كله لم يكن له ذلك لان
العوض لم يكن مشروطا في العقد بل هو متاخر عنه والعوض المتاخر ليس
بعوض عن العين حقيقة بل هو لاسقاط الرجوع وقد حصل له سقوط الرجوع
فيما بقي من الهبة فلم يكن له ان يرجع في العوض فان كان العوض مستهلكا ضمن
قابض العوض بقدر ما وجب الرجوع للموهوب له فيه من العوض وان
استحق كل الهبة والعوض مستهلك يضمن كل قيمة العوض كذا ذكر في الاصل
من غير خلاف وهو احدى روايتي بشر عن ابي يوسف رحمه الله عن ابي حنيفة
وروى بشر رواية اخرى عن ابي يوسف عن ابي حنيفة انه لا يضمن شيا وهو قول
ابي يوسف وجه رواية الاصل ان القبض في العوض ما وقع مجانا وانما وقع
مبطلا لحق الرجوع في الاول فاذا لم يسلم له المقصود منه بقي العوض مضمونا

فكما

بعضه فاما اذا كان مما لا يحتمل القسمة فاستحق صح

فكما يرجع بعينه لو كان قايما يرجع بقيمته اذا هلك وجه الرواية الاخرى
ان العوض المتاخر عن العقد في حكم الهبة المبتداة حتى يشترط فيه
شرايط الهبة من القبض والحيازة والموهوب غير مضمون بالهلاك والله
اعلم هذا اذا كان الموهوب او العوض شيا يحتمل القسمة فاستحق بعض
احدهما بطل العوض ان كان هو المستحق وكذا تبطل الهبة ان كانت هي
المستحقة واذا بطل العوض يرجع في الهبة واذا بطل الهبة يرجع في العوض لان
بالاستحقاق تبين ان الهبة او التعويض وقع في مشاع يحتمل القسمة
وذلك باطل والله اعلم واما بيان ماهيته فالتعويض المتاخر عن الهبة
هبة مبتداة بلا خلاف بين اصحابنا يصح بما تصح به الهبة ويبطل بما تبطل
به الهبة لا يخالفها الا في اسقاط الرجوع على معنى انه يثبت الرجوع في الاولى
ولا يثبت في الثانية واما فيما وراء ذلك فهو في حكم هبة مبتداة لانه
تبرع بتمليك العين للحال وهذا معنى الهبة الا انه تبرع به ليسقط حق
الرجوع عن نفسه في الهبة فكانت هبة مبتداة مسقطة لحق الرجوع في
الهبة الاولى ولو وجد الموهوب له بالموهوب عيبا فاحشا لم يكن له ان يرده
ويرجع في العوض وكذلك الواهب اذا وجد بالعوض عيبا لم يكن له ان يرد
العوض ويرجع في الهبة لان الرد بالعيب من خواص المعاوضات والعوض اذا لم يكن
كان مشروطا في العقد لم يكن عوضا على الحقيقة بل كان هبة مبتداة ولا
يظهر معنى العوضية فيه الا في اسقاط الرجوع خاصة فاذا قبض الواهب
العوض فليس لكل واحد منهما ان يرجع على صاحبه فيما ملكه اما الواهب
فلانه قد سلم له العوض عن هبته وانه يمنع الرجوع واما الموهوب له فلانه
قد سلم له ما هو في معنى العوض في حقه وهو سقوط حق الرجوع فيمنعه
من الرجوع لقوله صلى الله عليه وسلم الواهب احق بهبته ما لم يثب منها
وسوا عوضه الموهوب له او اجنبي بامر الموهوب له او بغير امره لم يكن
للواهب ان يرجع في هبته ولا للمعوض ان يرجع في العوض على الواهب ولا على
الموهوب له اما الواهب فانما لا يرجع في هبته لان الاجنبي ان عوض بامر
الموهوب له قام تعويضه مقام تعويضه بنفسه ولو عوض بنفسه لم يرجع
فكذا اذا عوض الاجنبي بامره وان عوض بغير امره فقد تبرع باسقاط الحق عنه
والتبرع باسقاط الحق عن الغير جايز كما لو تبرع بمخالعة امراة من زوجها
واما المعوض فانما لا يرجع على الواهب لان مقصوده من التعويض سلامة الموهو

هب

ب

له واسقاط حق الرجوع وقد سلم له ذلك وانما لا يرجع على الموهوب له اما اذا
كان بغير امره فلانه تبرع باسقاط الحق عنه فلا يملك ان يجعل ذلك
مضمونا عليه واما اذا عوض بامره لا يرجع عليه ايضا الا اذا قال له عوض
عني على اني ضامن لانه اذا امره بالتعويض ولم يضمن له فقد امره بما
ليس بواجب عليه بل هو متبرع به فلم يوجب ذلك الضمان على الامر الا
بشرط الضمان وعلى هذا قالوا فيمن قال لغيره اطعم عن كفارة يميني او
اد زكاتي ففعل انه لا يرجع بذلك على الامر الا ان يقول على اني ضامن لانه
امره بما ليس بمضمون عليه بخلاف ما اذا امره غيره بقضا الدين فقضا
انه يرجع على الامر وان لم يقل على اني ضامن بقضا لان قضا الدين مضمون
على الامر فاذا امره به فقد ضمن له ولو عوض الموهوب له الواهب
عن نصف الهبة كان عوضا عن نصفها وكان للواهب ان يرجع في النصف
الاخر ولا يرجع فيما عوض عنه لان حق الرجوع في الهبة مما يتجزى الا ترى
انه لو رجع في نصف الهبة ابتدا دون النصف جاز فجاز ان يثبت حق
الرجوع في النصف دون النصف بخلاف العفو عن القصاص والطلاق
لان ذلك مما لا يتجزى فكان اسقاط الحق عن البعض اسقاطا عن الكل
والله اعلم واما العوض المشروط في العقد بان قال له وهبت لك هذا الشي
على ان تعوضني هذا الثوب فقد اختلف في ماهية هذا العقد قال
اصحابنا الثلاثة رحمهم الله ان عقد عقد هبة وجوازه جواز بيع وربما عبروا انه
هبة ابتدا بيع انتهاء حتى لا يجوز في المشاع الذي ينقسم ولا يثبت الملك في كل
واحد منهما قبل القبض ولكل واحد منهما ان يرجع في سلعته ما لم يتقابضا
وكذا اذا قبض احدهما ولم يقبض الاخر فلكل واحد منهما ان يرجع على الاخر
القابض وغير القابض فيه سوا حتى يتقابضا جميعا واذا تقابضا كان
ذلك بمنزلة البيع يرد كل واحد منهما بالعيب وعدم الروية ويرجع في
الاستحقاق وتجب الشفعة اذا كان غير منقول وقال زفر عقد عقد
بيع وجوازه جواز بيع وهو بيع ابتدا وانتها ويثبت فيه جميع احكام البيع
فلا يبطل بالشيوع ويفيد الملك بنفسه من غير شرط القبض ولا يملكان
الرجوع وجه قوله ان معنى البيع موجود في هذا العقد لان البيع تمليك العين
بعوض وقد وجد الا انه اختلف العبارة واختلاف العبارة لا يوجب اختلاف
الحكم كلفظة البيع مع لفظة التمليك ولنا انه وجد في هذا العقد لفظة

بلغ

الهبة ومعنى

عمله صح

الهبة ومعنى البيع فيعطى شبه العقدين فيعتبر فيه القبض والحيازة بشبه
الهبة ويثبت فيه حق الرد بالعيب وعدم الروية وحق الشفعة عملا بشبه
البيع عملا بالدليلين بقدر الامكان ومنها ما هو في معنى العوض وهو
انواع ثلاثة احدها صلة الرحم المحرم فلا رجوع في الهبة لذي رحم محرم من
الواهب وهذا عندنا وقال الشافعي يرجع الوالد فيما يهب لولده احتج
بما روينا عن النبي صلى الله عليه وسلم انه قال لا يحل لواهب ان يرجع في هبته الا الوالد
فيما يهب لولده وهذا نص في الباب ولنا ما روينا عن رسول الله صلى الله عليه
وسلم انه قال الواهب احق بهبته ما لم يثب منها اي لم يعوض وصلة الرحم
المحرم عوض معنى لان التواصل سبب التظاهر والتعاون في الدنيا فتكون
وسيلة الى استيفا النفس وسبب الثواب في الدار الاخرة فكان اقوى من
العوض المالي وقد روي عن رسول الله صلى الله عليه وسلم انه قال اتقوا
الله وصلوا الارحام فانه ابقى لكم في الدنيا وخير لكم في الدار الاخرة فيدخل
تحت النص وروي عن عمر رضي الله عنه انه قال من وهب هبة لصلة رحم
او على وجه صدقة فانه لا يرجع فيها وهذا نص في الباب والحديث محمول
على النهي عن شرا الموهوب لكنه سماه رجوعا مجازا لتصوره بصورة الرجوع
كما روي ان عمر رضي الله عنه تصدق بفرس له على رجل ثم وجده يباع في
السوق فاراد ان يشتريه فسال رسول الله صلى الله عليه وسلم عن ذلك
فقال له لا تعد في صدقتك وعمر رضي الله عنه قصد الشرا لا العود في الصدقة
لكن سماه عودا لتصوره بصورة العود وهو نهي ندب لان الموهوب له يستحيي
فيسامحه في ثمنه فيصير كالراجع في بعضه والرجوع مكروه وهذا المعنى لا يوجد
في هبة الوالد لولده لان الولد لا يستحيي عن المضايقة في الثمن لاستيفا الثمن
للمباسطة بينهما عادة فلم يكره الشرا حملناه على هذا توفيقا بين الدليلين
صيانة لهما عن التناقض ولو وهب لذي رحم غير محرم فله ان يرجع لقصور
معنى الصلة في هذه القرابة فلا تكون في معنى العوض وكذا اذا وهب لذي محرم
لا رحم له لانعدام معنى الصلة اصلا ولو وهب لعبد ذي رحم ومولاه اجنبيا واما
ان كان المولى ذا رحم محرم من الواهب والعبد اجنبيا واما ان كان المولى والعبد
جميعا ذوي رحم من الواهب فان كان العبد ذا رحم محرم من الواهب والمولى اجنبيا
فله ان يرجع بلا خلاف بين اصحابنا لان حكم العقد يقع للمولى وانما الواقع للعبد
صورة العقد بلا حكم وانه لا يفيد معنى الصلة فانعدم معنى العوض اصلا وان كان

لد

م فاما ان كان العبد ذا
رحم محرم صح

المولى ذا رحم محرم من الواهب والعبد اجنبيا اختلفوا فيه قال ابو حنيفة رحمه الله
يرجع وقال ابو يوسف ومحمد لا يرجع وجه قولهما ان بطلان حق الرجوع
بحصول الصلة لانها في معنى العوض على ما بينا ومعنى الصلة انما يتحقق بوقوع
الحكم للقريب والحكم وقع للمولى فصار كان الواهب اوجب الهبة له ابتداء وانه
يمنع الرجوع كذا هذا وجه قول ابي حنيفة رحمه الله ان الملك لم يثبت
للمولى بالهبة لانها وقعت للعبد الا يرى ان القبض اليه لا الى المولى وانما
ثبت ضرورة تعذر الاثبات للعبد فاقيم مقامه فاذا لم يثبت الملك
له بالهبة لم يحصل معنى الصلة بالعقد فلا يمتنع الرجوع معما ان الملك لم
يثبت له بالهبة لكن الهبة وقعت للمولى من وجه وللعبد من وجه لان
الايجاب اضيف الى العبد والملك وقع للمولى اذا لم يكن عليه دين فلم يتكامل
معنى الصلة في الهبة فصارت كالهبة لذي رحم غير محرم وان كانا جميعا ذا رحم محرم
من الواهب فقد ذكر الكرخي عن محمد ان قياس قول ابي حنيفة رضي الله عنه ان
يرجع لان قرابة العبد لا تؤثر في اسقاط الرجوع لان الملك لم يقع له وقرابة
المولى ايضا لا تؤثر فيه لان الايجاب لم يقع له وحق الرجوع هو الاصل في الهبة
والامتناع بعارض المسقط ولم يوجد فلا يسقط وذكر الفقيه ابو جعفر
الهندواني انه ليس له ان يرجع في هذه المسئلة في قولهم لان الهبة اما ان
يعتبر فيها حال العبد او حال المولى وايهما كان ففيه قرابة كاملة والصلة الكاملة
تمنع الرجوع والجواب انه لا يعتبر ههنا حال العبد وحده ولا حال المولى
وحده بل يعتبر حالهما جميعا واعتبار حالهما لا يمنع الرجوع والله اعلم وعلى
هذا التفريع اذا وهب لمكاتب شيئا وهو ذو رحم محرم من الواهب او مولاه ذو
رحم محرم من الواهب انه ان ادى المكاتب فعتق يعتبر حاله في القرابة
وعدمها وان كان اجنبيا يرجع وان كان قريبا لا يرجع لانه لما ادى فعتق
استقر ملكه فصار كان الهبة وقعت له وهو حر ولو كان كذلك يرجع
ان كان اجنبيا وان لا يرجع كذا هذا وان عجز ورد في الرق فقياس قول
ابي حنيفة رحمه الله انه يعتبر حال المولى في القرابة وعدمها ان كان
اجنبيا فللواهب ان يرجع وان كان قريبا فليس له ان يرجع بناء على ان
الهبة عندنا اوجب ملكا موقوفا على المكاتب على معنى انه ان ادى فعتق
تبين ان الملك وقع له من حين وجوده وان عجز ورد في الرق يظهر
انه وقع للمولى من حين وجوده كان الهبة وقعت له من الابتداء وعلى قول

[هامش: لذي رحم غير محرم صح]
[هامش: كان قريبا صح]
[هامش: وعلى مولاه صح]

محمد

محمد لا يرجع في الاحوال كلها لان عنده كسب المكاتب يكون للمكاتب من غير توقف
ثم ينتقل الى المولى بالعجز كانه وهب لحي فمات وانتقل الموهوب الى ورثته
والله اعلم والثاني الزوجية فلا يرجع كل واحد من الزوجين فيما وهبه
لصاحبه لان صلة الزوجية تجري مجرى صلة القرابة الكاملة بدليل انه يتعلق
بها التوارث في جميع الاحوال ولا يدخلها حجب الحرمان والقرابة الكاملة
مانعة من الرجوع فكذا ما يجري مجراها والثالث الثواب فلا رجوع في
الهبة من الفقير بعد قبضها لان الهبة من الفقير صدقة لانه يطلب بها
الثواب كالصدقة ولا رجوع في الصدقة على الفقير بعد قبضها لحصول
الثواب الذي هو في معنى العوض بوعد الله تعالى وان لم يكن عوضا على
الحقيقة اذ العبد لا يستحق على مولاه عوضا ولو تصدق على غني فالقياس
ان يكون له حق الرجوع لان التصدق على الغني يطلب منه العوض عادة
فكان هبة في الحقيقة فوجب الرجوع الا انهم استحسنوا فقالوا ليس له ان يرجع
لان الثواب قد يطلب بالصدقة على الاغنياء الا ترى ان من له نصاب تجب فيه
الزكاة وله عيال لا يكفيه ما في يده فتقع الصدقة عليه ثواب واذا كان
الثواب مطلوبا من ذلك في الجملة فاذا اتى بلفظ الصدقة دل انه اراد
به الثواب وانه يمنع الرجوع لما بينا والله الموفق واما الشيوع فلا
يمنع الرجوع في الهبة فللواهب ان يرجع في نصف الموهوب مشاعا وان كان
يحتمل القسمة بان وهب دارا فباع الموهوب له نصفها مشاعا فان
للواهب ان يرجع في الباقي وكذا لو بيع نصفها وهي قائمة في يد الموهوب له
فله ان يرجع في بعضها دون بعض بخلاف الهبة المستقلة فانها لا تجوز في
المشاع الذي يحتمل القسمة لان القبض شرط جواز العقد والشياع يخل
بالقبض الممكن من التصرف والرجوع فسخ والقبض ليس بشرط لجواز
الفسخ فلا يكون الشيوع مانعا من الرجوع واما بيان ماهية الرجوع وحكمه
شرعا فنقول وبالله التوفيق لا خلاف في ان الرجوع في الهبة بقضاء القاضي
فسخ واختلف في الرجوع فيها بالتراضي فمسائل اصحابنا تدل على انه فسخ كالرجوع
بالقضاء فانهم قالوا يصح الرجوع في المشاع الذي يحتمل القسمة ولو كان هبة
مبتداة لم تصح مع الشياع وكذا لا تقف صحته على القبض ولو كان هبة
مبتداة لوقف صحته على القبض وكذلك لو وهب لانسان شيئا ووهبه
الموهوب له لآخر ثم رجع الثاني في هبته كان للاول ان يرجع ولو كان هبة

[هامش: انه]
[هامش: ع]

مبتداة لم يكن له الرجوع فهذه المسايل تدل على ان الرجوع بغير قضا فسخ وقال
زفر انه هبة مبتداة وجه قوله ان ملك الموهوب عاد الى الواهب بتراضيهما
فاشبه الرد بالعيب فيعتبر عقدا جديدا في حق ثالث كالرد بالعيب بعد
القبض والدليل على انه هبة مبتداة ما ذكر محمد رحمه الله في كتاب الهبة
ان الموهوب له اذا رد الهبة في مرض موته انها تكون من الثلث وهذا حكم
الهبة المبتداة ولنا ان الواهب بالفسخ يستوفي حق نفسه واستيفا
الحق لا يتوقف على قضا القاضي والدليل على انه يستوفي حق نفسه
بالفسخ ان الهبة عقد جايز يوجب حق الفسخ مستوفيا حقا ثابتا له (فكان بالفسخ صح)
فلا يقف على القضا بخلاف الرد بالعيب بعد القبض بغير قضا القاضي انه
يعتبر بيعا جديدا في حق ثالث لانه لا حق للمشتري في الفسخ وانما حقه
في صفة السلامة فاذا لم يسلم اختل رضاه فيثبت حق الفسخ ضرورة
فيتوقف لزوم حق الفسخ في حق ثالث على قضا القاضي واما ما ذكر محمد
فمن اصحابنا من التزم وقال هذا يدل على ان الرجوع بغير قضا هبة مبتداة
وما ذكرنا من المسايل تدل على انه فسخ فكان المسلة روايتان ومنهم من (فى صح)
قال هذا لا يدل على اختلاف الروايتين لانه انما اعتبر الرد من الثلث
لكون المريض متهما في الرد في حق ورثته فكان فسخا فيما بين الواهب
والموهوب له هبة مبتداة في حق الورثة وهذا ليس بممتنع ان يكون العقد
الواحد له حكمان مختلفان كالاقالة فانها فسخ في حق العاقدين بيع جديد (العقد بالرجوع صح)
في حق ثالث غيرهما والله اعلم واذا انفسخ عاد الموهوب الى قديم ملك الواهب
ويملكه الواهب وان لم يقبضه لان القبض انما يعتبر في انتقال الملك لا في
عود قديم الملك كالفسخ في باب البيع والموهوب بعد الرجوع امانة في يد
الموهوب له حتى لو هلك في يده لا يضمن لان قبض الهبة قبض غير مضمون
فاذا انفسخ عقدها بقي القبض على ما كان قبل ذلك امانة غير موجب
للضمان فلا يصير مضمونا عليه الا بالتعدي كساير الامانات ولو لم يتراضيا
على الرجوع ولا قضى القاضي به ولكن الموهوب له وهب الموهوب للواهب
وقبله الواهب الاول لا يملكه حتى يقبضه واذا قبضه كان بمنزلة الرجوع
بالتراضي او بقضا القاضي وليس للموهوب له ان يرجع فيه اما وقوف الملك فيه (وكذا الصدقة صح)
على القبض فلان الموجود لفظ الهبة لا لفظ الفسخ وملك الواهب لا يزول الا
بالقبض بخلاف ما اذا تراضيا على الرجوع ان الواهب يملكه بدون القبض لان

اتفاقهما على الرجوع اتفاق على الفسخ ولا يشترط للفسخ ما يشترط للعقد ثم اذا قبض
الواهب قام ذلك مقام الرجوع لان الرجوع مستحق فتقع الهبة عن الرجوع
المستحق ولا يقع موقع الهبة المبتداة فلا يصح الرجوع فيها والله اعلم **فصل**
واما بيان ما يرفع حكم الهبة فالذي يرفعه هو الفسخ اما بالاقالة او بالرجوع
بقضا القاضي او بالتراضي على ما بينا واذا انفسخ العقد يعود الموهوب
الى قديم ملك الواهب بنفس الفسخ من غير الحاجة الى القبض لما ذكرنا فيما
تقدم والله اعلم تم كتاب الهبة

كتاب الرهن

الكلام في هذا الكتاب في مواضع في بيان ركن عقد الرهن وفي بيان شرايط
الركن وفي بيان حكم الرهن وفي بيان ما يخرج به الرهن عن كونه مرهونا
وما يبطل به الرهن وما لا يبطل وفي بيان حكم اختلاف الراهن والمرتهن
والعدل اما ركنه فهو الايجاب والقبول وهو ان يقول الراهن رهنتك
هذا الشي بما لك علي من الدين او يقول هذا الشي رهن بدينك وما
يجري هذا المجرى ويقول المرتهن ارتهنت او قبلت او رضيت وما يجري
مجراه فاما لفظ الرهن فليس بشرط حتى لو اشترى شيا بدراهم ودفع الى
البايع ثوبا وقال له امسك هذا الثوب حتى اعطيك الثمن فالثوب رهن
لانه اتى بمعنى العقد والعبرة في العقود للمعاني والله اعلم **فصل** واما
الشرايط فانواع بعضها يرجع الى نفس الرهن وبعضها يرجع الى الراهن
والمرتهن وبعضها يرجع الى المرهون به اما الذي يرجع الى نفس الرهن
فهو ان لا يكون معلقا بشرط ولا مضافا الى الوقت لان في الرهن والارتهان
معنى الايفا والاستيفا فيشبه البيع وانه لا يحتمل التعليق بشرط والاضا(فة)
الى وقت كذا هذا واما الذي يرجع الى الراهن والمرتهن فعقلهما حتى
لا يجوز الرهن والارتهان من المجنون والصبي الذي لا يعقل فاما البلوغ
فليس بشرط وكذا الحرية حتى يجوز من الصبي الماذون والعبد الماذون
لان ذلك من توابع التجارة فيملكه من يملك التجارة ولان الرهن والارتهان
من باب ايفا الدين واستيفايه وهما يملكان ذلك وكذلك السفر ليس
بشرط لجواز الرهن فيجوز الرهن في السفر والحضر جميعا لما روي عن
رسول الله صلى الله عليه وسلم انه استقرض من يهودي بالمدينة طعاما
ورهنه به درعه وكان ذلك رهنا في الحضر ولان ما شرع له الرهن وهو
الحاجة الى توثيق الدين يوجد في الحالين وهو الامن من توا الحق بالجحود

والانكار وتذكرة عند السهو والنسيان والتنصيص على السفر في كتاب
الله تعالى ليس للتقييد به بل اخرج الكلام مخرج العادة كقوله تعالى فكاتبوهم
ان علمتم فيهم خيرا واما الذي يرجع الى المرهون فانواع منها ان يكون
محلا قابلا للبيع وهو ان يكون موجودا وقت العقد ولا رهن ما هو محتمل
للوجود والعدم كما اذا رهن ما تثمر نخله العام او ما تلد اغنامه السنة
او ما في بطن هذه الجارية ونحو ذلك ولا رهن الميتة والدم لانعدام ماليتهما
ولا رهن صيد الحرم والاحرام لانه ميتة ولا رهن الحر لانه ليس بمال اصلا
ولا رهن ام الولد والمدبر المطلق والمكاتب لانهم احرار من وجه فلا تكون
اموالا مطلقة ولا رهن الخمر والخنزير من المسلم سوا كان العاقدان مسلمين
او احدهما مسلما لانعدام تقوم الخمر والخنزير في حق المسلم وهذا لان الرهن
ايفا الدين والارتهان استيفاوه ولا يجوز للمسلم ايفا الدين من الخمر
واستيفاوه الا ان الراهن اذا كان ذميا كانت الخمر مضمونة على المسلم لان
الرهن اذا لم يصح كانت الخمر في حكم المغصوب في يد المسلم وخمر
الذمي مضمون على المسلم بالغصب واذا كان الراهن مسلما والمرتهن ذميا
لا تكون مضمونة على الذمي لان خمر المسلم لا تكون مضمونة على احد واما
في حق اهل الذمة فيجوز رهن الخمر والخنزير وارتهانها بينهم لان ذلك
مال متقوم في حقهم بمنزلة الخل والشاة في حقنا ولا رهن المباحات
من الصيد والحطب والحشيش ونحوها لانها ليست بمملوكة في انفسها
فاما كونه مملوكا للراهن فليس بشرط لجواز الرهن حتى يجوز رهن مال الغير
بغير اذنه لولاية شرعية كالاب او الوصي رهن مال الصبي بدينه وبدين
نفسه لان الرهن لا يخلو اما ان يجري مجرى الايداع واما ان يجري مجرى
المبادلة والاب يلي كل واحد منهما في مال الصغير فانه يبيع مال الصغير
بدين نفسه ويودع مال الصغير فان هلك الرهن في يد المرتهن قبل ان
يفتكه الاب هلك بالاقل من قيمته ومما رهن به لان الرهن وقع صحيحا
وهكذا حكم الرهن الصحيح وضمن الاب قدر ما سقط من الدين بهلاك
الرهن لانه قضى دين نفسه بمال في يده فيضمن فلو ادرك الولد والرهن
قائم عند المرتهن فليس له ان يسترده قبل قضا الدين لما ذكرنا ان الرهن
وقع صحيحا لوقوعه عن ولاية شرعية فلا يملك الولد نقضه ولكن يومر
الاب بقضا الدين ورد الرهن على ولده لزوال ولايته بالبلوغ ولو قضي

م مالا مطلقا متقوما مملوكا معلوما مقدور التسليم ونحو ذلك فلا يجوز رهن ما ليس بموجود عند العقد صح

م المرتهن صح

الولد

الولد دين ابيه وافتك الرهن لم يكن متبرعا ويرجع بجميع ما قضى على ابيه لانه مضطر
في قضا هذا الدين اذ لا يمكنه الوصول الى ملكه الا بقضا الدين كله فكان مضطرا
فيه فلم يكن متبرعا بل يكون مامورا بالقضا من قبل ابيه دلالة فكان له
ان يرجع عليهم بما قضى كما لو استعار من انسان عبدا ليرهنه بدين نفسه فرهن
ثم ان المعير قضى دين المستعير وافتك الرهن انه يرجع بجميع ما قضى على
المستعير لما قلنا كذا هذا وكذا حكم الوصي في جميع ما قلنا حكم الاب وانما
يفترقان في فصل اخر وهو انه يجوز للاب ان يرهن مال الصغير بدين ثبت
على الصغير فاذا هلك يهلك بالاقل من قيمته ومن الدين واذا ادرك الولد
ليس له ان يسترده اذا كان الاب اشهد على الارتهان وان كان لم يشهد على
العقد لا يصدق عليه بعد الادراك الا بتصديق الولد ويجوز له ان يرهن
ماله عند ولده الصغير بدين الصغير عليه ويحبسه لاجل الولد واذا هلك
بعد ذلك يهلك بالاقل من قيمته ومن الدين اذا كان اشهد عليه قبل الهلاك
وان كان لم يشهد عليه قبل الهلاك لا يصدق الا ان يصدقه الولد بعد
الادراك والوصي لو فعل من اليتيم لا يجوز رهنه ولا ارتهانه اما على اصل
محمد فلا يشكل لانه لا يرى بيع مال اليتيم من نفسه ولا اشترا ماله لنفسه
اصلا فكذلك الرهن وعلى قولهما ان كان يجوز البيع والشرا لكن اذا كان خيرا
لليتيم ولا خير له في الرهن لانه يهلك ابدا بالاقل من قيمته ومن الدين فلم يكن
فيه خير لليتيم فلم يجز والله اعلم وكذا يجوز رهن مال الغير باذنه كما لو
استعار من انسان شيئا ليرهنه بدين على المستعير لما ذكرنا ان الرهن
ايفا الدين وقضاوه والانسان بسبيل من ان يقضي دين نفسه بمال غيره
باذنه ثم اذا اذن المالك بالرهن فاذنه بالرهن لا يخلو اما ان كان مطلقا
واما ان كان مقيدا فان كان مطلقا فللمستعير ان يرهنه بالقليل والكثير
وباي جنس شاء وفي اي مكان كان ومن اي انسان اراد لان العمل باطلاق
اللفظ اصل وان كان مقيدا بان سمى قدرا او جنسا او مكانا او انسانا يتقيد
به حتى لو اذن له ان يرهنه بعشرة لم يجز له ان يرهنه باكثر منها ولا باقل
لان المتصرف باذن يتقيد تصرفه بقدر الاذن والاذن لم يتناول الزيادة
فلم يكن له ان يرهن بالاقل ايضا لان المرهون مضمون والمالك انما جعله
مضمونا بالقدر وقد يكون له في ذلك غرض صحيح فكان التقييد به مفيدا
وكذا لو اذن له ان يرهنه بجنس لم يجز له ان يرهنه بجنس اخر لان قضا الدين من

م هذا صح

م بالاكثر ولا صح

من بعض الاجناس قد يكون ايسر من بعض فكان التقييد بالجنس مفيدا وكذا اذا
اذن له ان يرهنه بالكوفة لم يجز له ان يرهنه بالبصرة لان التقييد بمكان
دون مكان مفيد فيتقيد بالمكان المذكور وكذا لو اذن له ان يرهنه من انسان
بعينه لم يجز له ان يرهنه من غيره لان الناس متفاوتون في المعاملات فكان
التعيين مفيدا فان خالف في شيء مما ذكرنا فهو ضامن لقيمته اذا هلك لانه
تصرف في ملك الغير بغير اذنه فصار غاصبا وللمالك ان ياخذ الرهن
من يدي المرتهن لان الرهن لم يصح فبقي المرهون في يده بمنزلة المغصوب
فكان له ان ياخذ منه وليس لهذا المستعير ان ينتفع بالمرهون لا قبل الرهن
ولا بعد الفكاك فان فعل ضمن لانه لم يؤذن الا بالرهن فان انتفع به قبل
ان يرهنه ثم رهنه بمثل قيمته بري من الضمان حين رهن ذكره في الاصل
لانه لما انتفع به فقد خالف ثم لما رهنه فقد عاد الى الوفاق فيبرا عن
الضمان كالمودع اذا عاد الى الوفاق بعد ما خالف في الوديعة بخلاف ما
اذا استعار العين لينتفع بها فخالف ثم عاد الى الوفاق انه لا يبرا عن
الضمان لان يد المستعير للانتفاع ليست بيد المالك بل يد نفسه حيث
تعود المنفعة اليه فلم يكن بالعود الى الوفاق رادا للمال الى يد المالك فلا
يبرا عن الضمان فاما المستعير للرهن فيده قبل الرهن يد المالك فاذا
عاد الى الوفاق فقد رد المال الى يد المالك فيبرا عن الضمان واذا قبض
المستعير العارية فهلكت في يده قبل ان يرهنه فلا ضمان عليه لانها هلكت
في قبض العارية لا في قبض الرهن وقبض العارية قبض امانة لا قبض ضمان وكذلك
اذا هلك في يده بعد ما افتكه من يد المرتهن احدا فقبضه فهلك في يد
القابض فان كان القابض في عياله لم يضمن لان يده كيده والمالك رضي
بيده وان لم يكن في عياله ضمن لان يده ليست كيده فلم يكن المالك راضيا
بيده وان هلك في يد المرتهن وقد رهنه على الوجه الذي اذن فيه يضمن
الراهن للمستعير قدر ما سقط عنه من الدين بهلاك الرهن لانه
قضى دين نفسه من مال الغير باذنه بالرهن اذ الرهن قضاء الدين ويتقرر
القضاء عند الهلاك وكذلك لو دخله عيب فسقط بعض الدين ضمن
الراهن للمستعير قدر ما سقط عنه ذلك القدر من دينه بمال الغير
فيضمن ذلك القدر فكان المستعير بمنزلة رجل عنده وديعة لانسان فقضى
دين نفسه من الوديعة باذن صاحبها فما قضى يكون مضمونا عليه وما لم يقض

م زيد المرتهن لانه بالافتكاك
من يد المرتهن عاد عارية فكان
الهلاك في قبض العارية ولو
وكل الراهن بقبض الرهن
من المرتهن صح

م لانه قضى ذلك القدر صح

يكون

يكون امانة في يده والله اعلم فان عجز الراهن عن الافتكاك فافتكه المالك لا يكون
متبرعا ويرجع بجميع ما قضى على المستعير وذكر الكرخي انه يرجع بقدر ما كان
يهلك الدين به ولا يرجع عليه بالزيادة ويكون متبرعا فيها حتى لو كان المستعير
رهن بالفين وقيمة الرهن الف فقضى المالك الفين فانه يرجع على المستعير
بالفين وعلى ما ذكره الكرخي يرجع عليه بالف وجه قول الكرخي ان المضمون
على المستعير قدر الدين بدليل انه لا يضمن عند الهلاك الا قدر الدين
فاذا قضى المالك القدر على الزيادة كان متبرعا وجه القول الاخر
ان المالك مضطر في قضاء كل الدين الذي رهن به ماله لانه علق ماله
عند المرتهن بحيث لا فكاك له الا بقضاء كل الدين فكان مضطرا في قضاء
الكل وكان ما دونا فيه من قبل الراهن دلالة كانه وكله بقضاء دينه
فقضاه المعير من مال نفسه ولو كان كذلك لرجع عليه بما قضى كذا هذا
وليس للمرتهن ان يمتنع عن قبض الدين من المعير ويجبر على القبض وتسليم
الرهن اليه لان له ولاية قضاء الدين لتخليص ملكه وازالة العلق عنه فلا
يكون للمرتهن ولاية الامتناع من القبض والتسليم فان اختلف الراهن
والمعير وقد هلك الرهن فقال المعير هلك في يد المرتهن وقال
المستعير هلك قبل ان ارهنه او بعد ما افتككته فالقول في ذلك قول
الراهن مع يمينه لان الضمان انما وجب على المستعير لكونه قاضيا دين
نفسه من مال الغير باذنه وهو ينكر القضاء فكان القول قول المنكر والله
اعلم ولا يجوز رهن المجهول ولا معجوز التسليم ونحو ذلك مما لا يجوز
بيعه والاصل فيه ان كل ما لا يجوز بيعه لا يجوز رهنه وقد ذكرنا جملة
ذلك في كتاب البيوع والله اعلم ومنها ان يكون مقبوض المرتهن
او من يقوم مقامه والكلام في القبض في مواضع في بيان انه شرط جواز
الرهن وفي بيان شرائط صحته وفي تفسير القبض وما يتبعه وفي
بيان انواعه اما الاول فقد اختلف فيه قال عامة العلماء انه شرط
وقياس قول زفر في الهبة ان يكون ركنا كالقبول حتى ان من حلف لا
يرهن فلانا شيئا فرهنه ولم يقبضه يحنث عندنا وعنده لا يحنث
كما في الهبة والصحيح قولنا لقوله تعالى فرهان مقبوضة ولو كان القبض
ركنا لصار مذكورا بذكر الرهن فلم يكن لقوله مقبوضة معنى فدل
ذكر القبض مقرونا بذكر الرهن على انه شرط وليس بركن وقال مالك

م فيها صح

ليس بركن ولا شرط والصحيح قول العامة لقوله تعالى فرهان مقبوضة وصف
الرهن بكونه مقبوضا فيقتضي ان يكون القبض فيه شرطا صيانة لخبره عن الخلف
ولانه عقد تبرع للحال فلا يفيد الحكم بنفسه كساير التبرعات ولو تعاقدا علي ان
يكون الرهن في يد صاحبه لا يصح الرهن حتي لو هلك في يده لا يسقط الدين ولو
اراد المرتهن ان يقبضه من يده ليحبسه رهنا ليس له ذلك لان هذا شرط
فاسد ادخلاه في الرهن فلا يصح الرهن ولو تعاقدا علي ان يكون في يد العدل
وقبضه العدل جاز ويكون قبضه كقبض المرتهن وهذا قول عامة العلما
وقال ابن ابي ليلي لا يصح الرهن الا بقبض المرتهن والصحيح قول العامة لقوله
تعالي فرهان مقبوضة من غير فصل بين قبض المرتهن والعدل ولان قبض
العدل برضا المرتهن قبض المرتهن معني ولو قبض العدل ثم تراضيا علي
ان يكون الرهن في يد عدل اخر ووضعاه في يده جاز لانه جاز
وضعه في يد الاول بتراضيهما فيجوز وضعه في يد الثاني بتراضيهما وكذا
اذا قبضه العدل ثم تراضيا علي ان يكون في يد المرتهن ووضعاه في يده
جاز لانه جاز وضعه في يده في الابتدا كذا في الانتها وكذا اذا قبضه المرتهن
او العدل ثم تراضيا علي ان يكون في يد الراهن ووضعه في يده جاز لان القبض
الصحيح للعقد قد وجد وخروج الرهن من يده فبعد ذلك يده ويد
الاجنبي سوا ولو رهن رهنا وسلط عدلا علي بيعه عند المحل فلم يقبض
حتي حل الاجل فالرهن باطل لان صحته بالقبض والبيع صحيح لان التوكيل
لا تقف صحته علي القبض فيصح البيع وان لم يصح الرهن وكذلك لو رهن مشاعا
وسلط عدلا علي بيعه فالرهن باطل والوكالة صحيحة ولو جعل عدلا في
الامساك وعدلا اخر في البيع جاز لان كل واحد منهما امر مقصود فيصح
افراده بالتوكيل واما شرايط صحة القبض فمنها ان يكون باذن الراهن
لما ذكرنا في كتاب الهبة ان الاذن بالقبض شرط صحته فيما له صحة بدون
القبض وهو البيع فلان يكون شرطا فيما لا صحة له بدون القبض اولي
ولان القبض في هذا الباب يشبه الركن كما في باب الهبة فيشبه القبول
وذا لا يجوز من غير رضا الرضا الراهن كذا هذا ثم الاذن نوعان نص وما
يجري مجري النص ودلالة فالاول نحو ان يقول اذنت لك بالقبض او رضيت
به او اقبض وما يجري هذا المجري فيجوز قبضه سوا كان قبض في المجلس
او بعد الفراق استحسانا وقياس قول زفر في الهبة انه لا يجوز بعد الافتراق

والثاني

والثاني نحو ان يقبض المرتهن بحضرة الراهن فيسكت ولا ينهاه فيصح قبضه
استحسانا وقياس قول زفر في الهبة انه لا يصح كما لا يصح بعد الافتراق لان
القبض عنده ركن بمنزلة القبول فلا يجوز من غير اذن كالقبول وصار كالبيع
الصحيح بل اولي لان القبض ليس بشرط لصحته وانه شرط لصحة الرهن
وجه الاستحسان انه وجد الاذن ها هنا دلالة الاقدام علي ايجاب الرهن لان
ذلك دلالة القصد الي ايجاب حكمه ولا ثبوت لحكمه الا بالقبض ولا صحة
للقبض بدون الاذن وكان الاقدام علي الايجاب دلالة الاذن بالقبض والاقدام
دلالة الاذن بالقبض في المجلس لا بعد الافتراق فلم يوجد الاذن هناك نصا
ودلالة وبخلاف البيع لان البيع صحيح بدون القبض فلم يكن الاقدام علي ايجابه
دليل القبض فلا يكون دليل الاذن فهو الفرق ولو رهن شيا متصلا بما لم
يقع عليه الرهن كالثمر المعلق علي الشجر ونحوه مما لا يجوز الرهن فيه الا بالفصل
والقبض ففصل وقبض فان قبض بغير اذن الراهن لم يجز قبضه سوا
كان الفصل والقبض في المجلس او في غيره لان الايجاب ها هنا لم يقع صحيحا
فلا يستدل به علي الاذن بالقبض وان قبض باذنه فالقياس ان لا يجوز
وهو قول زفر وفي الاستحسان جايز بنا علي اصل ذكرناه في الهبة والله
الموفق ومنها الحيازة عندنا في قبض المشاع وعند الشافعي رحمه الله
ليست بشرط وقبض صحيح وجه قوله ان الشياع لا يقدح في حكم الرهن
م المشاع صح
ولا في شرطه ولا يمنع جواز الرهن ودلالة ذلك ان حكم الرهن عنده كون
المرتهن احق ببيع المرهون واستيفا الدين من بدله علي ما نذكر والشيوع
لا يمنع جواز البيع وشرطه هو القبض وانه ممكن في النصف الشايع بتخلية
الكل ولنا ان قبض النصف الشايع وحده لا يتصور والنصف الاخر ليس
بمرهون فلا يصح قبضه وسوا كان مشاعا يحتمل القسمة او لا يحتملها
لان الشيوع يمنع تحقق قبض الشايع في النوعين جميعا بخلاف الهبة لان
الشيوع فيها لا يمنع الجواز فيما لا يحتمل القسمة لان المانع هناك ضمان القسمة
علي ما ذكرنا في كتاب الهبة وانه يختص المقسوم وسوا رهن من اجنبي او من
شريكه لما نذكر وسوا كان مقارنا للعقد او طاريا عليه في ظاهر الرواية
وروي عن ابي يوسف ان الشيوع الطاري علي العقد لا يمنع بقا العقد علي
الصحة وصورته اذا رهن شيا وسلط المرتهن او العدل علي بيعه كيف
شا مجتمعا او متفرقا فباع نصفه شايعا او استحق بعض الرهن وجه رواية
م شايعا صح

ابي يوسف ان حال البقا لا يقاس على حال الابتدا لان البقا اسهل من الابتدا ولهذا
فرق الشرع بين الطارى والمقارن في كثير من الاحكام كالاباق الطاري والعدة
الطارية ونحو ذلك فيكون الحيازة شرطا في ابتدا العقد لا بدا على كونها شرط
البقا على الصحة ووجه ظاهر الرواية ان المانع في المقارن كون الشيوع مانعا
من تحقق القبض في النصف المشاع وهذا المعنى موجود في الطاري فيمنع البقا
على الصحة ولو رهن رجلان رجلا بدين له عليهما رهنا واحدا جاز وكان
كله رهنا بكل الدين حتى ان للمرتهن ان يمسكه كله حتى يستوفي كل الدين
واذا قضى احدهما دينه لم يكن له ان ياخذ نصيبه من الرهن لان كل واحد
منهما رهن كل العبد بما عليه من الدين لا نصفه وان كان المملوك منه لكل واحد
منهما النصف لما ذكرنا ان كون المرهون مملوك الراهن ليس بشرط لصحة الرهن
فانه يجوز رهن مال الغير بغير اذنه على ما بينا واقدامهما على رهنه صفقة
واحدة دلالة الاذن من كل واحد منهما فصار كل الرهن رهنا بكل الدين ولا
استحالة في ذلك لان الرهن حبس وليس يمتنع ان يكون العبد الواحد محبوسا بكل
الدين فلم يكن هذا رهن الشايع فجاز وليس لاحدهما ان ياخذ نصيبه من
العبد اذا قضى ما عليه من الدين لان كله مرهون بكل الدين فما بقي شي من
الدين بقي استحقاق الحبس وكذلك اذا رهن رجل رجلين بدين لهما عليه
وهما شريكان فيه او لا شركة بينهما جاز واذا قضى الراهن دين احدهما لم
يكن له ان يقبض شيا من الرهن لانه رهن كل العبد بدين كل واحد منهما وكل
العبد يصلح رهنا بدين كل واحد منهما على الكمال كان ليس معه غيره لما ذكرنا
وهذا بخلاف الهبة من رجلين على اصل ابي حنيفة رحمه الله انها غير جايزة
لان الهبة تمليك وتمليك شي واحد من اثنين من كل واحد منهما على
الكمال محال والعاقل لا يقصد بتصرفه المحال فاما الرهن فحبس ولا استحالة
في كون الشي الواحد محبوسا بكل واحد من الدينين فهو الفرق بين الفصلين
غير انه وان كان محبوسا بكل واحد من الدينين لا يكون مضمونا الا بحصته
حتى لو هلك تنقسم قيمته على الدينين فيسقط من كل واحد منهما بقدره لان
المرتهن عند هلاك الرهن يصير مستوفيا للدين من مالية الرهن وانها
لا تفي لاستيفا الدينين وليس احدهما باولى من الاخر فتنقسم عليهما فيسقط
من كل واحد منهما بقدره وعلى هذا حبس المبيع بان اشترى رجلان من رجل
شيا فادى احدهما حصته من الثمن لم يكن له ان يقبض شيا من المبيع وكان

العبد

عبداهم

يخرج صح

للبايع ان يحبس كله حتى يستوفي ما على الاخر لان كل المبيع محبوس بكل الثمن فما بقي
جز من الثمن بقي استحقاق حبس كل المبيع ولو رهن بيتا بعينه من دار او
رهن طايفة معينة من دار جاز لانعدام الشيوع وعلى هذا الاصل يخرج زيادة
الدين على الرهن انها لا تجوز عند ابي حنيفة ومحمد وجملة الكلام في الزيادات
انها انواع اربعة زيادة الرهن وهي نماوه كالولد واللبن والثمرة والصوف
وكل ما هو متولد من الرهن او في حكم الرهن بان كان بدل جز فايت او بدل
ما هو في معنى الجز كالارش والعقر وزيادة الرهن على اصل الرهن كما اذا رهن
بالدين جارية فولدت ولدا ثم ماتت الجارية ثم زاد رهنا على الولد وزيادة
الدين على الرهن كما اذا رهن عبدا بالف ثم ان الراهن استقرض من المرتهن
الفا اخرى على ان يكون العبد رهنا بالاول والزيادة جميعا اما زيادة الرهن
فمرهونة عندنا على معنى انه يثبت الحكم الاصلي للرهن فيها وهو استحقاق
الحبس على طريق اللزوم وعند الشافعي ليست بمرهونة اصلا والمسلة تاتي
في بيان حكم الرهن ان شا الله تعالى واما زيادة الرهن على اصل الرهن فجايزة
استحسانا والقياس ان لا تجوز وهو قول زفر وهو على اختلاف الزيادة في
الثمن والمثمن وقد مرت المسلة في كتاب البيع واما زيادة الرهن على نما
الرهن بعد هلاك الاصل فهي موقوفة ان بقي الولد الى وقت الفكاك جازت
الزيادة وان هلك لم تجز لانها اذا هلكت تبين انها حصلت بعد سقوط
الدين وقيام الدين شرط صحة الزيادة واما زيادة الدين على الرهن فهي
على الاختلاف الذي ذكرنا انه لا يجوز عند ابي ح ومحمد وعند ابي يوسف
جايزة وجه قول ابي يوسف ان الدين في باب الرهن كالثمن في باب
البيع بدليل انه لا يصح الرهن الا بالدين كما لا يصح البيع الا بالثمن ثم هناك جازت
الزيادة في الثمن والمثمن جميعا فكذا ههنا تجوز الزيادة في الرهن والدين
جميعا والجامع بين البابين ان الزيادة عندنا تلتحق باصل العقد كان العقد
ورد على الاصل والزيادة جميعا فيصير كانه رهن بالدين عبدين ابتدا وذا
جايز كذا هذا ووجه قولهما ان هذه الزيادة لو صحت لاوجبت الشيوع
في الرهن وانه يمنع صحة الرهن ودلالة ذلك انها لو صحت لصار بعض العبد
بمقابلتها فلا يخلو اما ان يصير ذلك البعض بمقابلة الزيادة مع بقايه
مشغولا بالاول واما ان يفرغ من الاول ويصير مشغولا بالزيادة لا سبيل
الى الاول لان المشغول لا يحتمل الشغل بغيره ولا سبيل الى الثاني لانه رهن

ثم زاد عبدا او غير ذلك رهنا
بذلك الدين وزيادة الرهن
على نماء الرهن كما اذا رهن
بالدين جارية صح

بعض العبد بالدين وهذا رهن المشاع فلا يجوز كما اذا رهن عبدا واحدا بدينين
مختلفين لكل واحد منهما بعضه بخلاف زيادة الرهن على اصل الرهن لان
الزيادة هناك لا تودي الى شيوع الرهن بل الى شيوع الدين لان قبل الزيادة كان
العبد بمقابلة كل الدين وبعد الزيادة صار بمقابلة بعض الدين والعبد الزيادة
بمقابلة البعض الاخر فيرجع الشيوع الى الدين لا الى الرهن والشيوع في الدين
لا يمنع صحة الرهن وفي الرهن يمنع صحته الا ترى لو رهن عبدا بنصف الدين
جاز ولو رهن نصف العبد بالدين لم يجز لذلك افترق حكم الزيادتين ولو
رهن مشاعا فقسم وسلم جاز لان العقد في الحقيقة موقوف على القسمة والتسليم
بعد القسمة فاذا وجدا فقد زال المانع من النفاذ فينفذ والله اعلم ومنها
ان يكون المرهون فارغا عما ليس بمرهون فان كان مشغولا بان رهن دارا
فيها متاع الراهن وسلم الدار مع ما فيها من المتاع او رهن جوالقا دون ما فيه
وسلم الجوالق مع ما فيه لم يجز لان معنى القبض وهو التخلية الممكنة من (م او سلمه صح)
التصرف لا يتحقق مع الشغل ولو اخرج المتاع من الدار ثم سلمها فارغة جاز
وينظر الى حال القبض لا الى حال العقد لان المانع هو الشغل وقد زال فينفذ
كما في رهن المشاع ولو رهن المتاع الذي فيها دون الدار وخلى بينه وبين الدار
جاز بخلاف ما اذا رهن الدار دون المتاع لان الدار تكون مشغولة بالمتاع فاما
المتاع فلا يكون مشغولا بالدار فيصح قبض المتاع ولم يصح قبض الدار ولو رهن
الدار والمتاع الذي فيها صفقة واحدة وخلى بينه وبينهما وهو خارج الدار
جاز الرهن فيهما جميعا لانه رهن الكل وسلم الكل وصح تسليمهما جميعا ولو
فرق الصفقة فيهما بان رهن احدهما ثم الاخر فان جمع بينهما في التسليم صح
الرهن فيهما جميعا اما في المتاع فلا شك فيه لما ذكرنا ان المتاع لا يكون
مشغولا بالدار واما في الدار فلان المانع وهو الشغل قد زال وان فرق
بان رهن احدهما وسلم ثم رهن الاخر وسلم لم يجز الرهن في الدار وجاز
في المتاع سواء قدم او اخر بخلاف الهبة فان هناك يراعى الترتيب ان قدم
هبة الدار لم تجز الهبة في الدار وجازت في المتاع كما في الرهن وان قدم هبة
المتاع جازت الهبة فيهما جميعا اما في المتاع فلانه غير مشغول بالدار واما
في الدار فلانها وان كانت مشغولة وقت القبض لكن بمتاع هو ملك الموهوب
له فلم يمنع صحة القبض وها هنا الدار مشغولة بمتاع هو ملك الراهن فيمنع صحة
القبض وهو الفرق ولو رهن دارا والراهن والمرتهن في جوف الدار فقال

الراهن

الراهن سلمتها اليك لم يصح التسليم حتى يخرج من الدار ثم يسلم لان معنى التسليم
وهو التخلية لا يتحقق مع كونه في الدار فلا بد من تسليم جديد بعد الخروج
منها ولو رهن دابة عليها حمل دون الحمل لم يتم الرهن حتى يلقي الحمل عنها
ثم يسلمها الى المرتهن ولو رهن الحمل دون الدابة ودفعها اليه كان رهنا تاما في الحمل
لان الدابة مشغولة بالحمل اما الحمل فليس مشغولا بالدابة كما في رهن الدار
التي فيها متاع بدون المتاع ورهن المتاع الذي في الدار بدون الدار ولو رهن
سرجا على دابة او لجاما في سرح راسها او راسها فدفع اليه الدابة مع اللجام (م رسنا في صح)
والسرج والرسن لم يكن رهنا حتى ينزعه من الدابة ثم يسلم بخلاف ما اذا
رهن متاعا في الدار لان السرج ونحوه من توابع الدابة فلم يصح رهنا بدون
الدابة كما لا يصح رهن الثمر بدون الشجر بخلاف المتاع فانه ليس بتبع للدار
ولهذا قالوا لو رهن دابة عليها سرج او لجام دخل ذلك في الرهن بحكم
التبعية والله اعلم وعلى هذا يخرج ما اذا رهن جارية واستثنى ما في بطنها
او بهيمة واستثنى ما في بطنها انه لا يجوز الاستثناء ولا العقد اما الاستثناء
فلانه لو جاز لكان المرهون مشغولا بما ليس بمرهون واما العقد فلان
استثناء ما في البطن بمنزلة شرط فاسد والرهن تبطله الشروط الفاسدة
كالبيع بخلاف الهبة ولو اعتق ما في بطن جارية ثم رهن الام او دبر ما في بطنها
ثم رهن الام فالكلام فيه كالكلام في حق الهبة وقد مر في كتاب الهبة والله اعلم
ومنها ان يكون المرهون منفصلا مميزا عما ليس بمرهون فان كان متصلا (بلغ)
به غير مميز عنه لم يصح قبضه لان قبض المرهون وحده غير ممكن والمتصل
به ليس بمرهون فاشبه رهن المشاع وعلى هذا الاصل يخرج ما اذا رهن
الارض بدون البناء او بدون الزرع والشجر بدون الارض او الشجر بدون (م او البناء بدون الارض او الارض صح / ط او الزرع والشجر صح)
الثمر او الثمر بدون الشجر انه لا يجوز سواء سلم المرهون بتخلية الكل او لا
لان المرهون متصل بما ليس بمرهون وهذا يمنع صحة القبض ولو جذ
الثمر وحصد الزرع ثم سلم منفصلا جاز لان المانع من النفاذ قد زال ولو
جمع بينهما في صفقة الرهن فرهنهما جميعا وسلم متفرقا جاز وان فرق
الصفقة بان رهن الارض ثم الزرع او الزرع ثم الارض ينظر ان جمع بينهما في
التسليم جاز الرهن فيهما جميعا وان فرق لا يجوز فيهما جميعا سواء قدم او
اخر بخلاف الفصل الاول هو الاتصال وانه لا يختلف والمانع في الفصل (م لان المانع في الفصلين مختلف فالمانع من صحة القبض في هذا الفصل صح)
الاول هو الشغل وانه يختلف مثاله هذا اذا رهن نصف داره مشاعا

من رجل ولم يسلم اليه حتي رهنه النصف الباقي وسلم الكل انه يجوز ولو رهن
منه نصفها وسلم ثم رهن النصف الثاني وسلم لا يجوز لما قلنا هنا وعلي هذا اذا
رهن صوفا علي ظهر غنمه بدون الغنم انه لا يجوز لان المرهون متصل بما ليس
بمرهون وهذا يمنع صحة القبض ولو جزه وسلمه جاز لان المانع قد زال
وعلي هذا ايضا اذا رهن دابة عليها حمل بدون الحمل انه لا يجوز ولو رفع الحمل
منها وسلمها فارغة جاز لما قلنا بخلاف ما اذا رهن ما في بطن جاريته او ما في
بطن غنمه او ما في ضروعها او رهنه سمنا في لبن او دهنا في سمسم او زيتا في
زيتون او دقيقا في حنطة انه يبطل وان سلطه علي قبضه عند الولاده
وعند استخراج ذلك فقبض لان العقد هناك لم ينعقد اصلا لعدم المحلية
لكونه مضافا الي المعدوم ولهذا لم ينعقد البيع المضاف اليه فكذا الرهن اما
هنا العقد ينعقد موقوف نفاذه علي صحة التسليم بالفصل والتمييز فاذا
وجد فقد زال المانع والله اعلم ولو رهن الشجر بمواضعه من الارض جاز لان
قبضه ممكن ولو رهن شجرا فيه ثمر لم يسمه في الرهن دخل في الرهن بخلاف
البيع انه لا يدخل الثمر في بيع الشجر من غير تسمية لانه قصد تصحيح الرهن
ولا صحة له بدون القبض ولا صحة للقبض بدون دخول ما هو متصل به فيدخل
تحت العقد تصحيحا له بخلاف البيع فانه يصح في الشجر بدون الثمر فلا ضرورة
الي ادخال الثمر للتصحيح ولو قال رهنتك هذه الدار او هذه الارض او هذا
الكرم واطلق القول ولم يخص شيا دخل فيه كل ما كان متصلا به من البنا
والغرس لان ذلك يدخل في البيع مع ان القبض ليس من شرط صحته فلان يدخل
في الرهن اولي الا انه يدخل فيه الزرع والثمر ولا يدخل في البيع لما ذكرنا بخلاف
المتاع انه لا يدخل في رهن الدار ويدخل الثمر في رهن الشجر لان الثمر تابع
للشجر والمتاع ليس بتابع للدار ولو استحق بعض المرهون بعد صحة الرهن
ينظر الي الباقي ان كان الباقي بعد الاستحقاق ما يجوز رهنه ابتدا لا يفسد
الرهن فيه وان كان مما لا يجوز رهنه ابتدا فسد الرهن في الكل لانه لما استحق
بعضه تبين ان العقد لم يصح في القدر المستحق وانه لم يقع الا علي الباقي
وكانه رهن هذا القدر ابتدا فينظر فيه ان كان محلا لابتدا الرهن يبقي الرهن
فيه والا فيفسد في الكل كما لو رهن هذا القدر ابتدا الا انه اذا بقي الرهن
فيه يبقي بحصته حتي لو هلك الباقي يهلك بحصته من الدين وان كان
في قيمته وفا بجميع الدين ولا يذهب جميع الدين واذا رهن الباقي ابتدا

وفيه وفا بالدين فهلك يهلك بجميع الدين وان شيت ان تجعل الحيازة شرطا
مفردا وخرجت المشاع علي هذا التفصيل لانه مرهون متصل بما ليس بمرهون
حقيقة وكان تخرجه عليه مستقيما فافهم ومنها اهلية القبض وهي
العقل لانه تثبت به اهلية الركن وهو الايجاب والقبول فلان يثبت به
اهلية الشرط اولي والله اعلم واما تفسير القبض فالقبض عبارة عن التخلي
وهو التمكن من اثبات اليد وذلك بارتفاع الموانع وانه يحصل بتخلية الراهن
بين المرهون وبين المرتهن واذا حصل ذلك صار الراهن مسلما والمرتهن
قابضا وهذا جواب ظاهر الرواية وروي عن ابي يوسف انه يشترط
معه النقل والتحويل فما لم يوجد لا يصير قابضا وجه هذه الرواية
ان القبض شرط صحة الرهن قال الله تعالى فرهان مقبوضة ومطلق
القبض ينصرف الي القبض الحقيقي ولا يتحقق ذلك الا بالنقل فاما التخلية
فقبض حكما لا حقيقة فلا يكتفي به وجه ظاهر الرواية ان التخلية بدون
النقل والتحويل قبض في العرف والشرع اما العرف فان القبض يرد علي ما
لا يحتمل النقل والتحويل من الدار والعقار ويقال هذه الارض او هذه القرية
او هذه الولاية في يد فلان ولا يفهم منه الا التخلية وهو التمكن من التصرف
واما الشرع فان التخلية في باب البيع قبض بالاجماع من غير نقل وتحويل
دل ان التخلي بدون النقل والتحويل قبض حقيقة وشريعة فيكتفي به
والله اعلم واما بيان انواع القبض فنقول وبالله التوفيق القبض نوعان
نوع بطريق الاصالة ونوع بطريق النيابة اما القبض بطريق الاصالة
فهو ان يقبض الانسان بنفسه لنفسه واما القبض بطريق النيابة فنوعان
نوع يرجع الي القابض ونوع يرجع الي نفس القبض اما الذي يرجع الي القابض
فنحو قبض الاب والوصي عن الصبي وكذا قبض العدل يقوم مقام قبض
المرتهن حتي لو هلك الرهن في يده كان الهلاك علي المرتهن لان نفس القبض
مما يحتمل النيابة والله اعلم واما الذي يرجع الي نفس القبض فهو ان المرهون
اذا كان مقبوضا عند العقد فهل ينوب ذلك عن قبض الرهن فالاصل فيه
ما ذكرنا في كتاب البيوع والهبة ان القبضين اذا تجانسا ناب احدهما
عن الاخر واذا اختلفا ناب الاعلي عن الادني وقد بينا فقه هذا الاصل
وفروعه فيما تقدم والله اعلم وان شيت عددت الحيازة والفراغ والتمييز
من شرايط نفس العقد فقلت ومن شرايط صحة العقد ان يكون المرهون

م ولان قبض الرهن قبض استيفاء الدين واستيفاء الدين مما يحتمل النيابة صح

يجوز عندنا و يثبت المشاع عليه وان ثبت قلت ومنها دوام القبض عندنا
وعند الشافعي ليس بشرط و يثبت المشاع عليه ولنا في اثبات هذا الشرط
دليلان احدهما قوله تعالى فرهان مقبوضة اخبر الله تعالى ان المرهون
مقبوض فيقتضي كونه مقبوضا ما دام مرهونا لان اخباره لا يحتمل الخلف
والشيوع يمنع دوام القبض فيمنع صحة الرهن والثاني ان الله تعالى سماه
رهنا وكذا يسمي رهنا في متعارف اللغة والشرع والرهن حبس في اللغة قال
الله تعالى كل نفس بما كسبت رهينة اي حبيسة بكسبها فيقتضي ان يكون
محبوسا ما دام مرهونا والشياع يمنع دوام الحبس فيمنع جواز الرهن وسوا
كان فيما يحتمل القسمة او مما لا يحتمل القسمة لان الشيوع يمنع دوام القبض
فيهما جميعا وسوا كان الشيوع مقارنا او طاريا في ظاهر الرواية لان كل ذلك
يمنع دوام القبض وسوا كان الرهن من اجنبي او من شريكه لانه لو جاز
لامسكه الشريك يوما بحكم الملك ويوما بحكم الرهن فتختلف جهة القبض
والحبس فلا يدوم الحبس والقبض من حيث المعني ويصير كانه رهنه يوما
ويوما ويوما لا وذا لا يجوز كذا هذا وعلي هذا يخرج رهن ما هو متصل بغير
ما ليس بمرهون لان اتصاله بغير المرهون يمنع من ادامة القبض عليه وانه
شرط جواز الرهن ومنها ان يكون فارغا عما ليس بمرهون ومنها
ان يكون منفصلا مميزا عما ليس بمرهون وخرجت علي كل واحد منهما مسائله
التي ذكرناها فافهم والله اعلم واما الذي يرجع الي المرهون به فانواع منها
ان يكون مضمونا والكلام في هذا الشرط يقع في موضعين احدهما في اصل اشتراط
الضمان والثاني في صفة المضمون اما الاول فاصل الضمان هو كون المرهون
به مضمونا شرط جواز الرهن لان المرهون عندنا مضمون بمعني سقوط الواجب
عند هلاكه او بمعني استيفا الواجب ولسنا نعني بالمضمون سوي ان يكون
واجب التسليم علي الراهن والمضمون نوعان دين وعين اما الدين فيجوز
الرهن به باي سبب وجب من الاتلاف والغصب والبيع ونحوها لان الديون
كلها واجبة علي اختلاف اسباب وجوبها فكان الرهن بها رهنا بمضمون فيصح
وسوا كان ما يحتمل الاستبدال قبل القبض او لا يحتمله كراس مال السلم وبدل
الصرف والمسلم فيه وهذا عند اصحابنا الثلاثة وقال زفر لا يجوز الرهن
بهذه الديون وجه قوله ان سقوط الدين عند هلاك الرهن بطريق الاستبدال
علي معني ان عين الرهن يصير بدلا عن الدين لا بطريق الاستيفا لان الاستيفا لا

يتحقق

يتحقق الا عند المجانسة والرهن مع الدين يكونان مختلفي الجنس عادة فلا يمكن القول
بالسقوط بطريق الاستيفا فتعين ان يكون بطريق الاستبدال فيختص جواز الرهن
بما يحتمل الاستبدال وهذه الديون مما لا يجوز استبدالها فلا يجوز الرهن بها
ولنا ان السقوط بطريق الاستيفا لما نذكر في حكم الرهن ان شا الله تعالي
واستيفا هذه الديون ممكن واما قوله الاستيفا يستدعي المجانسة فنقول
المجانسة ثابتة من وجه لان الاستيفا يقع بمالية الرهن لا بصورته والاموال
كلها فيما يرجع الي معني المالية جنس واحد وقد يسقط اعتبار المجانسة
من حيث الصورة و يكتفي بمطلق المالية للحاجة والضرورة كما في اتلاف ما لا مثل
له من جنسه وقد تحققت الضرورة في باب الرهن لحاجة الناس الي توثيق
ديونهم من جانب الاستيفا فامكن القول بالاستيفا واذا جاز الرهن بهذه
الديون فان هلك الرهن في المجلس تم الصرف والسلم لانه صار مستوفيا
من عين حقه في المجلس لا مستبدلا وان لم يهلك حتي افترقا بطلا لفوات
شرط البقا علي الصحة وهو القبض في المجلس واما العين فنقول لا خلاف
في انه لا يجوز الرهن بالعين التي هي امانة في يد الراهن كالوديعة والعارية
ومال المضاربة والبضاعة والشركة والمستاجر ونحوها لانها ليست مضمونة
اصلا واما العين المضمونة فنوعان نوع هو مضمون بنفسه وهو الذي يجب
مثله عند هلاكه ان كان له مثل وقيمته ان لم يكن له مثل كالمغصوب
في يد الغاصب والمهر في يد الزوج وبدل الخلع في يد المراة وبدل الصلح
عن دم العمد في يد العاقلة ولا خلاف في انه يجوز الرهن به وللمرتهن ان
يحبس الرهن حتي يسترد العين وان هلك في يده قبل استرداد العين
والعين قايمة يقال للراهن سلم العين الي المرتهن وخذ منه الاقل من
قيمة الرهن ومن الدين لان المرهون عندنا مضمون بذلك واذا وصل اليه
العين يجب عليه رد قدر المضمون الي الراهن فان هلكت العين والرهن قايم صار
الرهن بها رهنا بقيمتها حتي لو هلك الرهن بعد ذلك يهلك مضمونا بالاقل من
قيمته ومن قيمة العين لان قيمة العين بدلها وبدل الشي قايم مقامه كانه هو
واما الذي هو مضمون بغيره لا بنفسه كالمبيع في يد البايع ليس هو مضمونا
بنفسه الا تري انه لو هلك في يده لا يضمن شيا بل هو مضمون بغيره وهو
الثمن حتي يسقط الثمن عن المشتري اذا هلك فهل يجوز الرهن به ذكر في
كتاب الصرف انه يجوز وله ان يحبسه حتي يقبض المبيع وان هلك في يده قبل

القبض يهلك بالاقل من قيمته ومن قيمة المبيع ولا يصير قابضا للمبيع بهلاكه
وله ان يقبض المبيع اذا اوفى ثمنه وعليه ايضا ضمان الاقل بهلاك الرهن في
يده ولو هلك المبيع قبل القبض والرهن قايم بطل البيع لان هلاك المبيع قبل
القبض يوجب بطلان البيع وعلى المشتري ان يرد الرهن على البايع ولو هلك
في يده قبل الرد هلك بضمانه وهو الاقل من قيمته ومن قيمة المبيع ولا يبطل
ضمانه بهلاك المبيع وبطلان البيع لانه وان هلك المبيع فقد سقط الثمن
بمقابلته وكان بطلانه بعوض فلم يبطل ضمانه وروى الحسن عن ابي حنيفة
انه لا يصح الرهن وبه اخذ الكرخي وجه رواية الحسن ان قبض الرهن
قبض استيفا المرهون فلا يتحقق معنى الاستيفا في المضمون بغيره لان المشتري
لا يصير مستوفيا شيا بهلاك الرهن انما يسقط عنه الثمن لا غير وجه
ظاهر الرواية ان الاستيفا هنا يحصل من حيث المعنى لان المبيع قبل القبض ان
لم يكن مضمونا بالقيمة فهو مضمون بالثمن الا ترى انه اذا هلك يسقط الثمن
عن المشتري وكان سقوط الثمن عنه كالعوض عن هلاك المبيع فيحصل مستوفيا
مالية المبيع من الرهن من حيث المعنى وكان في معنى المضمون بنفسه فيصح الرهن
به ولو تزوج امراة على دراهم بعينها او اشترى شيا بدراهم بعينها فاعطى بها
رهنا لم يجز عند اصحابنا الثلاثة وعند زفر يجوز بنا على ان الدراهم والدنانير
لا تتعين في عقود المعاوضات وان عينت وكان الواجب على الراهن مثلها لا عينها
فلم يكن المعين مضمونا فلم يجز الرهن به وعنده تتعين بالتعيين بمنزلة العروض
وكان المعين مضمونا فجاز الرهن به ولا يجوز الرهن بالكفالة بالنفس لان المكفول
به ليس بمضمون على الكفيل الا ترى انه لو هلك لا يجب عليه شي ولا يسقط عن المرتهن
شي بمقابلته فلم يكن مضمونا اصلا فلا يصح الرهن به ولا يجوز الرهن باجرة المغنية
والنايحة بان استاجر مغنية او نايحة واعطاهما بالاجرة رهنا لان الاجارة
لم تصح فلم تجب الاجرة وكان رهنا بما ليس بمضمون فلم يجز ولو دفع الى رجل
رهنا ليقرضه فهلك الرهن قبل ان يقرضه يهلك مضمونا بالاقل من قيمته ومما
سمي من القرض وان حصل الارتهان بما ليس بمضمون لكنه في حكم المضمون
لانه قبض الرهن ليقرضه فصار قبض الرهن على جهة الضمان والمقبوض على جهة
شي كالمقبوض على حقيقته في الشرع كالمقبوض على سوم الشرا والله اعلم واما
صفة المضمون فنوعان احدهما متفق عليه والاخر مختلف فيه اما المتفق
عليه فهو ان يكون مضمونا في الحال فلا يصح الرهن بما يصير مضمونا فلا يصح الرهن

م للبايع صح

ط مضمونا صح

م ولا يجوز الرهن بالشفعة لان الشفعة ليست بمضمونة على المشفوع بدليل انه لو هلك لا يجب عليه شي بمقابلته فكان رهنا بما ليس بمضمون فلم يجز ولا يجوز الرهن بالعبد الجاني والعبد المديون لانه لو هلك لا يجب على المولى شي ولا يسقط عن المرتهن شي بمقابلته صح

بما يصير مضمونا في الثاني كالرهن بالدرك بان باع شيا وقبض الثمن وسلم المبيع
الى المشتري فخاف المشتري الاستحقاق فاخذ بالثمن من البايع رهنا قبل
الدرك لا يجوز حتى لا يملك الحبس سوا وجد الدرك او لم يوجد وكذا اذا ارتهن
بما يثبت له على الراهن في المستقبل لا يجوز بخلاف الكفالة فان الكفالة بما يصير
مضمونا في الثاني جايزة كما اذا كفل بما يذوب له على فلان ونحو ذلك لان الارتهان
استيفا من وجه للحال ولا شي للحال يستوفى واستيفا المعدوم محال
بخلاف الكفالة ولان الرهن والارتهان لما كان من باب الاستيفا والايفا
اشبه البيع فلا يحتمل الاضافة كالبيع ولان القياس يابى جوازهما جميعا لان
كل واحد منهما يستدعي مضمونا الا ان الجواز في الكفالة لتعامل الناس ولا
تعامل في الرهن فيبقى الامر فيه على اصل القياس وبخلاف ما اذا دفع الى
انسان رهنا ليقرضه ان الرهن مضمونا وان كان ذلك رهنا بما ليس بمضمون في
الحال لان له حكم المضمون وان لم يكن مضمونا حقيقة لوجود القبض على جهة
الضمان والمقبوض على جهة شي بمنزلة المقبوض على حقيقته كالمقبوض على سوم
الشرا ولم يوجد هاهنا ولو قال لاخر ضمنت لك ما على فلان اذا حل يجوز
اخذ الرهن والكفيل به ولو قال اذا قدم فلان فانا ضامن مالك عليه لم يجز
اخذ الرهن به ويجوز اخذ الكفيل والفرق ان في المسلة الاولى الكفالة
والرهن كل واحد منهما اضيف الى مضمون في الحال لان الدين المؤجل واجب
قبل حلول الاجل على طريق التوسع وانما تاثير التاجيل في تاخير المطالبة
بخلاف الرهن بضمان الدرك لانه لا مضمون هناك للحال وانما له حكم
المضمون بخلاف ما اذا قال اذا قدم فلان فانا ضامن مالك عليه لان ذلك
تعليق الضمان بشرط القدوم وكان عدما قبل وجود الشرط فلم توجد
الاضافة الى مضمون في الحال فبطل الرهن وصحت الكفالة لانها لا تستدعي
مضمونا للحال بل في الجملة على ما مر والله اعلم واما المختلف فيه فهو ان الشرط
كونه مضمونا ظاهرا او باطنا او كونه مضمونا في الظاهر كاف ولا يشترط
كونه مضمونا حقيقة فانه ذكر محمد اذا ادعى على رجل الف درهم قرضا فجحدها
المدعى عليه ثم انه صالح المدعي من ذلك على خمسماية واعطاه بها رهنا يساوي
خمسماية ثم تصادقا على ان ذلك المال كان باطلا وانه لم يكن للمدعي عليه
شي ثم هلك الرهن في يده كان على المرتهن ان يرد على الراهن خمسماية لان
الدين كان ثابتا على الراهن من حيث الظاهر الا ترى لو اختصما الى القاضي قبل

م ولو هلك يهلك امانة سوآء وجد الدرك او لم يوجد صح

م الالمستقبل صح

م يجز صح

م من حيث الظاهر يكفي لصحة الرهن ذكر محمد رح في الجامع ما يدل على كونه مضمونا صح

ان يتصادقا ان القاضي يجبر المدعى عليه على ابقاء الخمس مائة وكان هذا رهنا بما هو
مضمون ظاهرا يدل على ان الرهن بجهة الضمان جائز على ما ذكرنا فلان يجوز
بالضمان الثابت من حيث الظاهر اولى وروى عن ابي يوسف انه لا يضمن
شيا لانهما لما تصادقا على انه لم يكن شي تبين ان الرهن حصل بما ليس بمضمون
اصلا فلا يصح وكذلك ذكر في الجامع اذا اشترى من رجل عبدا بالف درهم وقبض
العبد واعطاه رهنا يساوي الفا فهلك الرهن عند المرتهن ثم قامت
البينة على ان العبد حر او استحق العبد من يده يهلك مضمونا بالالف لانه كان
مضمونا على الراهن ظاهرا فقد حصل الارتهان بدين مضمون عليه من حيث
الظاهر فجاز وكذا لو اشترى شاة مذبوحة بعشرة دراهم او اشترى
دنا من خل واعطاه بالثمن رهنا فهلك الرهن ثم علم ان الشاة ميتة والخل
خمر فالرهن مضمون لما قلنا وكذا لو قتل عبد انسان خطا واعطاه بقيمته
رهنا ثم علم ان العبد حر كان المرهون مضمونا بالاقل من قيمته ومن قيمة
العبد لما ذكرنا وعلى قياس ما روي عن ابي يوسف ينبغي ان لا يضمن في
هذه المسايل ايضا لانه تبين ان الارتهان حصل بما ليس بمضمون حقيقة
فلم يصح والله اعلم ولو ادعى المستودع او المضارب هلاك الوديعة او المضاربة
وادعى رب المال عليهما الاستهلاك وتصالحا على مال واخذ رب المال
بالمال رهنا من المستودع فهلك عنده ثم تصادقا ان الوديعة هلكت عنده
يضمن المرتهن عند محمد وعند ابي يوسف لا يضمن وهذا الاختلاف
مبني على اختلافهما في صحة الصلح فعند محمد لما صح الصلح كان رهنا
بمضمون من حيث الظاهر فصح وعند ابي يوسف لما لم يصح فقد حصل الرهن
بما ليس بمضمون حقيقة فلم يصح والله اعلم ومنها ان يكون محتملا للاستيفا
من الرهن فان لم يحتمل لم يصح الرهن به لان الارتهان استيفا وعلى هذا
يخرج الرهن بالقصاص في النفس وما دونها انه لا يجوز لانه لا يمكن
استيفا القصاص من الرهن ويجوز الرهن بارش الجناية لان استيفاه
من الرهن ممكن فصح الرهن به وعلى هذا ايضا يخرج الرهن بالكفالة بالنفس
انه لا يجوز لان المكفول به مما لا يحتمل الاستيفا من الرهن فصل
واما حكم الرهن فنقول وبالله التوفيق الرهن نوعان صحيح وفاسد اما
الرهن الصحيح فله احكام بعضها يتعلق بحال قيام المرهون وبعضها يتعلق
بحال هلاكه اما الذي يتعلق بحال قيام المرهون فثلاثة عندنا احدها ملك

(هامش: فصح صح — عليه صح — بالالف صح — ماله — [illegible] انه لم يصح لان حق [illegible] لا يحتمل الاستيفاء [illegible] فلم يصح الرهن به وعلى هذا ايضا يخرج الرهن [illegible] صح)

حبس

حبس المرهون على سبيل اللزوم الى وقت الفكاك او ملك العين في حق الحبس على
سبيل اللزوم الى وقت الفكاك والمعاني الثلاث متقاربة المعاني في
متعارف الفقهاء والثاني اختصاص المرتهن ببيع المرهون واختص بثمنه او
اختصاصه بثمنه وهذان الحكمان اصليان للرهن عندنا والثالث وجوب
تسليم المرهون عند الافتكاك وقال الشافعي الحكم الاصلي للرهن واحد
وهو كون المرتهن احق ببيع المرهون واخص بثمنه من سائر الغرما فاما
حق حبس المرهون فليس بحكم لازم حتى ان المرهون اذا كان شيا يمكن الانتفاع
به بدون استهلاكه كان للراهن ان يسترده من يد المرتهن فينتفع به
فاذا فرغ من الانتفاع رده اليه وان كان شيا لا يمكن الانتفاع به الا باستهلاكه
كالمكيل والموزون فليس للراهن ان يسترده من يده احتج بما روي
عن رسول الله صلى الله عليه وسلم انه قال لا يغلق الرهن لا يغلق الرهن
هو لصاحبه الذي رهنه له غنمه وعليه غرمه اخبر ان الرهن لا يغلق
اي لا يحبس وعندكم يحبس فكان حجة عليكم ولذا اضاف الرهن الى الراهن
بلام التمليك وسماه صاحبا له على الاطلاق فيقتضي ان يكون هو المالك للرهن
مطلقا رقبة وانتفاعا وحبسا ولان الرهن شرع توثيقا للدين وملك الحبس
على سبيل اللزوم يضاد معنى الوثيقة لانه يكون في يده دايما وعسى يهلك
فيسقط الدين فكان توهينا للدين لا توثيقا له ولان فيما قلتم تعطيل
العين المنتفع بها في نفسها عن الانتفاع لان المرتهن لا يجوز له الانتفاع
بالرهن اصلا والراهن لا يملك الانتفاع به عندكم فكان تعطيلا والتعطيل
تسييب وانه من اعمال الجاهلية وقد نفاه الله تعالى بقوله ما جعل الله من
بحيرة ولا سايبة ولنا قوله تعالى وان كنتم على سفر ولم تجدوا كاتبا
فرهان مقبوضة اخبر الله تعالى بكون المرهون مقبوضا ما دام مرهونا ولان
الرهن في اللغة عبارة عن الحبس قال الله تعالى كل امرئ بما كسب رهين
اي حبيس فيقتضي ان يكون الرهن محبوسا ما دام مرهونا ولو لم يثبت
ملك الحبس على الدوام لم يكن مرهونا ولان الله تعالى لما سمى العين التي ورد
عليها العقد رهنا وانه ينبئ عن الحبس لغة كان ما دل عليه اللفظ لغة
حكما له شرعا لان الاسماء الشرعية دلالات على احكامها كلفظ الطلاق
والعتاق والحوالة والكفالة ونحوها ولان الرهن شرع وثيقة بالدين
فيلزم ان يكون حكمه ما يقع به التوثق للدين كالكفالة وانما يحصل التوثيق

(هامش: او كون المرتهن احق بحبس المرهون على سبيل اللزوم الى وقت الفكاك صح — كه — الرهن مقبوضا وخبره لا يحتمل الخلف فاقتضى ان يكون المرهون صح — لم يكن محبوسا على الدوام صح — بلغ)

اذا كان في حبسه على سبيل الدوام لانه يمنعه عن الانتفاع فيحمل ذلك على قضا
الدين في اشرع الاوقات وكذا يمنع الامن عن تواحقه بالجحود والانكار على ما
عرف ولا حجة له في الحديث لان معنى قوله لا يغلق الرهن اي لا يملك بالدين
كذا قاله اهل اللغة غلق الرهن اي ملك بالدين وهذا كان حكما جاهليا فرده
رسول الله صلى الله عليه وسلم وقوله هو لصاحبه الذي رهنه تفسير لقوله لا
يغلق الرهن وقوله له غنمه اي زوايده وعليه غرمه اي نفقته وكسوته
والله اعلم قوله انما شرع له الرهن لا يحصل بما قلتم لانه يتوى حقه بهلاك
الرهن قلنا على احد الطريقين لا يتوى بل يصير مستوفيا والاستيفا ليس
بهلاك الدين واما على الطريق الاخر فالهلاك ليس يضاف الى حكم الرهن
لان حكمه ملك الحبس لا نفس الحبس وقوله فيه تسبيب ممنوع فان بعقد
الرهن مع التسليم يصير الراهن موفيا دينه في حق الحبس والايفا والاستيفا
من منافع الرهن واذا عرف حكم الرهن في حال قيامه تخرج عليه
المسايل المتعلقة به اما على الحكم الاول وهو ملك الحبس فالمسايل
المتعلقة بهذا الحكم بعضها يتعلق بنفس الحكم وبعضها يتعلق بكيفيته
اما الذي يتعلق بنفس الحكم فنقول وبالله التوفيق ليس للراهن ان ينتفع
بالمرهون استخداما وركوبا ولبسا وسكنى وغير ذلك لان حق الحبس ثابت
للمرتهن على سبيل اللزوم وهذا يمنع الاسترداد والانتفاع وليس له ان يبيعه
من غير المرتهن بغير اذنه لما فيه من ابطال حقه من غير رضاه ولو باعه
توقف نفاذ البيع على اجازة المرتهن ان اجازه جاز لان عدم النفاذ لمكان
حقه فاذا رضي ببطلان حقه زال المانع فنفذ وكان الثمن رهنا سوا
شرط المرتهن عند الاجازة كونه رهنا اولا في جواب ظاهر الرواية وروي
عن ابي يوسف انه لا يكون رهنا الا بالشرط لان الثمن ليس بمرهون حقيقة
بل المرهون هو المبيع وقد زال حقه عنه بالبيع الا انه اذا شرط عند الاجازة
ان يكون مرهونا فلم يرض بزوال حقه عنه الا ببدل واذا لم يوجد الشرط
زال حقه عنه اصلا وجه ظاهر الرواية ان الثمن بدل المرهون فيقوم مقامه
وبه يتبين انه ما زال حقه بالبيع لانه زال الى خلف والزايل الى خلف قايم معنى
فيقام الخلف مقام الاصل وسوا قبض من المشتري او لم يقبضه لانه يقوم مقام
ما كان مقبوضا وان رده بطل لما قلنا وليس له ان يهبه من غيره او يتصدق
به على غيره بغير اذنه لما ذكرنا ولو فعل وقف على اجازة المرتهن ان رده بطل

م فالهلاك ليس بغالب بل قد يكون وقد لا يكون واذا هلك صح

ط والمرتهن يصير مستوفيا في حق الحبس صح

م الثمن صح

وله ان يبيعه رهنا وان اجازه جاز لما قلنا وبطل عقد الرهن لانه زال عن ملكه لا الى
خلف بخلاف البيع وليس له ان يواجره من اجنبي بغير اذن المرتهن لان قيام
ملك الحبس له ان يمنع من الاجارة ولان الاجارة لعقد الانتفاع وهو لا يملك
الانتفاع به بنفسه فكيف يملكه غيره ولو فعل وقف على اجازته فان رده
بطل وان اجاز جازت الاجارة لما قلنا وبطل عقد الرهن لان الاجارة اذا
جازت وانها عقد لازم لا يبقى الرهن ضرورة والاجرة للراهن لانها بدل منفعة
مملوكة له وولاية قبض الاجرة له ايضا لانه هو العاقد ولا تكون الاجرة رهنا
لان الاجرة بدل المنفعة والمنفعة ليست بمرهونة فلا يكون بدلها مرهونا
فاما الثمن في باب البيع بدل المبيع وانه مرهون فجاز ان يكون بدله مرهونا
وكذلك لو اجره من المرتهن صحت الاجارة وبطل الرهن اذا جدد المرتهن
القبض للاجارة اما صحة الاجارة وبطلان الرهن فلما ذكرنا واما الحاجة
الى تجديد القبض لان قبض الرهن دون قبض الاجارة فلا ينوب عنه ولو هلك
في يده قبل انقضا مدة الاجارة او بعد انقضايها يهلك امانة ان لم يوجد منه
منع من الراهن وان منعه الراهن ثم هلك بعد انقضا مدة الاجارة ضمن
كل قيمته لانه صار غاصبا بالمنع وليس له ان يعيره من اجنبي بغير اذن المرتهن
لما ذكرنا فلو اعار وسلم فللمرتهن ان يبطل الاعارة ويعيده رهنا ولا يبطل
الرهن لكن يبطل ضمانه وكذا اذا اعار باذن المرتهن بخلاف ما اذا اجر
واجاز المرتهن او اجره باذنه انه يبطل الرهن لان الاجارة عقد لازم الا ترى
ان احد العاقدين لا ينفرد بالفسخ من غير عذر فكان من ضرورة جوازها
بطلان الرهن فاما الاعارة فليست بلازمة لان للمعير ولاية الاسترداد
في اي وقت شا فجوازها لا يوجب بطلان عقد الرهن الا انه يبطل ضمان
الرهن لما نذكر في موضعه ان شا الله تعالى وكذا ليس للمرتهن ان ينتفع بالمر
حتى لو كان عبدا ليس له ان يستخدمه وان كان دابة ليس له ان يركبها وان كان
ثوبا ليس له ان يلبسه وان كان دارا ليس له ان يسكنها وان كان مصحفا ليس
له ان يقرا فيه لان عقد الرهن يفيد ملك الحبس لا ملك الانتفاع فان انتفع
به فهلك في حال الاستعمال يضمن قيمته لانه صار غاصبا وليس له ان يبيع
الرهن بغير اذن الراهن لان الثابت له ليس الا ملك الحبس فاما ملك العين
فللراهن والبيع تمليك العين فلا يملكه المرتهن من غير اذن الراهن ولو باع
بغير اذنه وقف على اجازته فان اجاز جاز وكان الثمن رهنا وكذا اذا باع

م من صح

م وان اجاز جاز صح

هو ر

م كل صح

باذنه جاز وكان ثمنه رهنا وسوا قبضه من المشتري او لم يقبضه ولو هلك
كان الهلاك على المرتهن وهذا يشكل على الشرط الذي ذكرنا لجواز الرهن وهو
ان لا يكون المرهون دينا والثمن دين في ذمة المشتري فكيف يكون رهنا
والجواب ان الدين يصلح رهنا في حالة البقا وان كان لا يصلح ابتدا لانه في حالة
البقا بدل المرهون وبدل المرهون مرهون لانه قايم مقامه كانه هو بخلاف
حالة الابتدا وان رد بطل وعاد المبيع رهنا كما كان ولو هلك في يد المشتري
قبل الاجازة لم تجز الاجازة لان قيام المعقود عليه شرط صحة الاجازة والراهن
بالخيار ان شا ضمن المرتهن وان شا ضمن المشتري لان كل واحد منهما صار
غاصبا المرتهن بالتسليم والمشتري بالقبض وان ضمن المرتهن جاز البيع
والثمن للمرتهن وكان الضمان رهنا لانه ملكه بالضمان فتبين انه باع ملك نفسه
فجاز وكان الثمن له لانه بدل ملكه والضمان يكون رهنا لانه بدل المرهون
فيكون مرهونا وقيل انما يجوز البيع بتضمين المرتهن اذا سلم الرهن الى المشتري
اولا ثم باعه منه فاما اذا باعه ثم سلمه فلا يجوز لان سبب ثبوت الملك هو
التسليم لانه سبب وجوب الضمان وملك المضمون بملك الضمان والتسليم
وجد بعد البيع فلا يجوز البيع كما اذا باع مال غيره بغير اذنه ثم اشتراه منه
انه لا يجوز بيعه كذا هذا وليس في ظاهر الرواية هذا التفصيل ولو ضمن
المشتري بطل البيع لانه بتضمين المشتري لم يتبين ان المرتهن باع مال
نفسه والضمان يكون رهنا لانه بدل المرهون ويرجع المشتري على البايع
بالثمن لان البيع لم يصح وليس له ان يرجع بالضمان عليه وليس له ان يهبه او
يتصدق به بغير اذن الراهن لان الهبة والتصدق تمليك العين والثابت
للمرتهن ملك الحبس لا ملك العين فلا يملكهما كما لا يملك البيع فان فعل وقف
على اجازة الراهن ان اجاز جاز وبطل الرهن وان رد عاد رهنا كما كان ولو
هلك في يد الموهوب له او المتصدق عليه قبل الاجازة فالراهن بالخيار ان شا
ضمن المرتهن وان شا ضمن الموهوب له والمتصدق عليه لما ذكرنا وايهما ضمن
لا يرجع بالضمان على صاحبه اما المرتهن فلا شك فيه لانه ملك المرهون بالضمان
~~بحكم الغرور~~ فتبين انه وهب او تصدق بملك نفسه واما الموهوب له
والمتصدق عليه فلان الرجوع بالضمان بحكم الغرور وانه لا يتحقق في الهبة والصدقة
بخلاف البيع والاجارة وليس له ان يواجره من غير الراهن بغير اذنه لان الاجارة
تمليك المنفعة والثابت له ملك الحبس لا ملك المنفعة فكيف يملكها من غيره

المرهون صح

فان

فان فعل وقف على اجازة الراهن فان اجاز جاز وبطل الرهن لما ذكرنا فيما تقدم
وكانت الاجرة للراهن ولا يكون رهنا لما مر وولاية قبضها للمرتهن لان القبض
من حقوق العقد والعاقد هو المرتهن ولا يعود رهنا اذا انقضت مدة الاجارة
لان العقد قد بطل فلا يعود الا بالاستيناف وان رد بطل واعاده رهنا كما
كان ولو اجره بغير اذن الراهن وسلمه الى المستاجر فهلك في يده فالراهن بالخيار
ان شا ضمن المرتهن قيمته وقت التسليم الى المستاجر وان شا ضمن المستاجر لوجود
سبب وجوب الضمان من كل واحد منهما وهو التسليم والقبض غير انه ان ضمن
المرتهن لا يرجع بالضمان على المستاجر لكنه يرجع عليه بالاجرة قدر المستوفي
من المنافع الى وقت الهلاك لانه ملكه بالضمان فتبين انه اجر ملك نفسه فصح وكانت
الاجرة له لانها بدل منفعة له الا انها لا تطيب له وان ضمن المستاجر فالمستاجر
يرجع بما ضمن على المرتهن لانه صار مغرورا من جهته فيرجع عليه ط واما الرجوع
بدينه فلان الرهن الثاني لم يصح فبقي دينه عليه كما كان وان رهن عند الثاني
باذن الراهن الاول جاز الرهن الثاني وبطل الرهن الاول اما جواز الرهن الثاني
فلان المانع من الجواز قد زال باذن الراهن الاول واذا جاز الثاني بطل الاول
ضرورة وصار كان المرتهن الاول استعار مال الراهن الاول ليرهنه بدينه فرهنه
وليس له ان يودعه عند اجنبي ليس في عياله لان الراهن لم يرض الا بيده او يد
من هو في معنى يده ويد الاجنبي الذي ليس في عياله ليست في معنى يده فان فعل
فهلك في يد المودع ضمن كل قيمته لانه صار غاصبا بالايداع وله ان يدفعه
الى من هو في عياله كزوجته وخادمه واجيره الذي يتصرف في ماله لان يد هولاء
كيده الا ترى انه يحفظ مال نفسه بيدهم وكان الهلاك في يدهم كالهلاك في يده
والاصل في هذا ان للمرتهن ان يفعل في الرهن ما يعد حفظا له وليس له ان يفعل ما
يعد استعمالا وانتفاعا به وعلى هذا يخرج ما اذا ارتهن خاتما فجعله في خنصره
فهلك ضمن لان التختم بالخنصر مما يتجمل به عادة فكان استعمالا له وهو ماذون
في الحفظ لا في الاستعمال ويستوي فيه اليمنى واليسرى لان الناس مختلفون في
العمل بهذا النوع منهم من يتجمل بالتختم في اليمنى ومنهم من يتجمل بالتختم في
اليسرى فكان كل ذلك استعمالا ولو جعله في بقية الاصابع يهلك بهلاك
الرهن لان التختم بها غير معتاد فكان حفظا لا استعمالا ولو لبس خاتما فوق خاتم
فهلك يرجع فيه الى العرف والعادة ان كان اللابس ممن يتجمل بلبس خاتمين يضمن
لانه مستعمل لبسه وان كان ممن لا يتجمل به يهلك بما فيه لانه حافظ اياه ولو رهنه

ط بضمان الغرور وهو ضمان الكفالة ولا اجرة عليه لان الاجرة مع الضمان لا يجتمعان ولو سلم واسترده المرتهن عاد رهنا كما كان لانه لما استرده فقد عاد الى الوفاق بعد ما خالف فاشبه المودع خالف في الوديعة ثم عاد الى الوفاق والاجر للمرتهن لكنه لا يطيب له كالغاصب اذا آجر المغصوب وليس له ان يعير الرهن من غير المرتهن بغير اذنه لما ذكرنا في الاجارة وان اعاره وسلمه الى المستعير فللراهن ان يبطل الاعارة فان هلك في يد المستعير فالراهن بالخيار ان شاء ضمن المرتهن وان شاء ضمن المستعير وايهما ضمن لا يرجع بما ضمن على صاحبه ويكون الضمان رهنا اما عدم الرجوع اما على المرتهن فلانه ملكه بالضمان فتبين انه اعار ملك نفسه واما على المستعير فلان الرجوع بالغرور ولم يوجد بخلاف الاجارة واما كون الضمان رهنا فلانه بدل المرهون فيكون مرهونا وان سلم واسترده المستعير
عاد رهنا كما كان لانه عاد الى الوفاق فالتحق الخلاف فيه بالعدم ولو اعاره باذن الراهن او بغير اذنه فاجاز جاز ولا يبطل الرهن لكن يبطل ضمان الرهن
فانها تبطل الرهن وقد مر الفرق وليس له ان يرهنه بغير اذن الراهن لانه لم يرض بحبس غيره فان فعل فللراهن الاول ان يبطل الرهن الثاني ويعيده الى يد
لان الرهن الثاني لم يصح فان هلك الرهن في يد المرتهن الثاني قبل الاعادة الى يد الاول فالراهن الاول بالخيار ان شاء ضمن المرتهن الاول وان شاء ضمن
فان ضمن الاول جاز الرهن الثاني لانه ملكه المرتهن الاول بالضمان فتبين انه رهن مال نفسه ولو هلك في يد المرتهن الثاني يهلك بالدين وكان ضمانه رهنا
وان ضمن المرتهن الثاني بطل الرهن الثاني ويكون الضمان رهنا عند المرتهن الاول لكونه بدل المرهون ويرجع المرتهن الثاني على المرتهن الاول بما ضمن وبدينه
بالضمان فلانه صار مغرورا من جهته فيرجع عليه صح

سيفين فيتقلد بهما يضمن ولو كان السيوف ثلاثة فتقلد بها لم يضمن لان التقلد
بسيفين معتاد في الجملة فكان من باب الاستعمال فاما بالثلاث فليس بمعتاد فكان
حفظا لا استعمالا ولو كان الرهن طيلسانا او قبا فلبس لبسا معتادا يضمن
ولو جعله على عاتقه فهلك يهلك رهنا لان الاول استعمال والثاني حفظ
وله ان يبيع ما يخاف الفساد عليه باذن القاضي لان بيع ما يخاف عليه الفساد
من باب الحفظ فله ان يبيعه لكن باذن الحاكم لان له ولاية في مال غيره في الجملة
فان باع بغير امره ضمن لانه لا ولاية له عليه واذا باع بامر القاضي كان ثمنه
رهنا في يده لانه بدل المرهون فيكون مرهونا وله ان يطالب الراهن بايفا
الدين مع قيام عقد الرهن اذا لم يكن الدين مؤجلا لان الرهن شرع
لتوثيق الدين وليس من الوثيقة سقوط المطالبة بايفا الدين ولو طالب
المرتهن الراهن بحقه فقال له الراهن بعه واستوف حقك فقال له المرتهن
لا اريد البيع ولكن اريد حقي فله ذلك لان الرهن وثيقة والبيع يخرج عن
كونه رهنا فيبطل معنى الوثيقة فله ان يتوثق بالاستيفا به الى استيفا الدين
ولو قال الراهن للمرتهن ان جئتك بحقك الى وقت كذا والا فهو بيع لك او
بيع بحقك لم يجز وهو رهن على حاله لان هذا تعليق التمليك بالشرط وانه
لا يتعلق بالشرط وليس للقاضي ان يبيع الرهن بدين المرتهن من غير رضا
الراهن ولكن يحبس الراهن حتى يبيعه بنفسه عند ابي حنيفة وعندهما
له ان يبيعه عليه وهي مسئلة الحجر على الحر وقد ذكرناها في كتاب الحجر
والله اعلم ولكن ليس للعدل ان يبيع الرهن كما ليس للراهن ولا للمرتهن ذلك
والكلام في العدل في ثلاثة مواضع احدها في بيان ما للعدل ان يفعله في
الرهن وما ليس له ان يفعله والثاني في بيان من يصلح عدلا في الرهن ومن
لا يصلح والثالث في بيان ما ينعزل به العدل ويخرج عن الوكالة وما لا
ينعزل اما الاول فنقول وبالله التوفيق للعدل ان يمسك الرهن بيده وبيد
من يحفظ مال نفسه بيده وليس له ان يدفعه الى المرتهن بغير اذن الراهن
ولا الى الراهن قبل سقوط الدين بغير اذن المرتهن لان كل واحد منهما لم يرض
بيد صاحبه حيث وضعا في يد العدل ولو دفعه الى احدهما بغير رضا صاحبه
فلصاحبه ان يسترده ويعيده الى يد العدل كما كان فان هلك قبل الاسترداد
ضمن العدل قيمته لانه صار غاصبا بالدفع وليس له ان ينتفع بالرهن ولا ان
يتصرف فيه بالاجارة والاعارة والرهن وغير ذلك لان الثابت له بالوضع في يده

هو

هو حق الامساك لا الانتفاع والتصرف وليس له ان يبيعه لما ذكرنا الا اذا كان مسلطا
على بيعه في عقد الرهن او متاخرا عنه لانه صار وكيلا بالبيع الا ان التسليط اذا
كان في العقد لا يملك عزله من غير رضا المرتهن واذا كان متاخرا عن العقد يملكه
لما نذكر وله ان يبيع الزيادة المتولدة من الرهن لكونها مرهونة تبعا للاصل وكذا له
ان يبيع بان كان الرهن عبدا فقتله عبد فدفع به او فقا عينه لانه اذا قام مقامه
جعل كان الاصل قائم ثم اذا سلطه على البيع فله ان يبيعه باي جنس كان من الدراهم
والدنانير وغيرها وباي قدر كان بمثل قيمته او باقل قدر ما يتغابن الناس فيه
وبالنقد والنسيئة عند ابي حنيفة رحمه الله وله ان يبيع قبل حلول الاجل لان الامر
مطلق واذا باع كان الثمن رهنا عنده الى ان يحل الاجل لان ثمن المرهون مرهون
فاذا حل الاجل اوفى دين المرتهن ان كان من جنسه وان سلطه على البيع عند المحل
لم يكن له ان يبيعه لما قلنا ولو كان الرهن بالمسلم فيه فسلطه على البيع عند المحل له
ان يبيعه بجنس المسلم فيه وبغيره عند ابي حنيفة رحمه الله وعندهما يبيعه بالدرا
والدنانير وبجنس المسلم فيه وهي مسئلة الوكيل بالبيع المطلق انه يبيع باي ثمن كان
عند ابي حنيفة رحمه الله وعند ابي يوسف ومحمد ليس له ان يبيع بما لا يتغابن
الناس فيه ولا بالنسيئة ولا بغير الدراهم والدنانير الا انهما جوزاها في مسئلة المسلم
بجنس المسلم فيه لان الامر بالبيع لقضا الدين من ثمنه والجنس اقرب الى القضا
منه ولو نهاه الراهن عن البيع بالنسيئة فان نهاه عند عقد الرهن ليس له ان يبيع
بالنسيئة لان التوكيل حصل مقيدا فيلزم مراعاة القيد فيه وان نهاه بعد العقد
لم يصح نهيه لان التقييد المتراخي ابطال من حيث الظاهر كالتخصيص المتراخي
عن النص العام عند بعض مشايخنا حتى جعلوه نسخا لا بيانا فاذا كان ابطالا لا
لا يملكه الراهن كما لا يملك ابطال الوكالة عند العقد بالعزل ثم اذا باع العدل
الرهن خرج عن كونه رهنا لانه صار ملكا للمشتري وصار ثمنه هو الرهن لانه
قام مقامه سوا كان مقبوضا او غير مقبوض حتى لو توى عند المشتري كان على
المرتهن ويهلك بالاقل من قيمته ومن الدين ولا ينظر الى قيمة المبيع بل
ينظر الى الثمن بعد البيع لان الرهن انتقل الى الثمن وخرج المبيع عن كونه رهنا
فيعتبر قيمة الرهن ثم ان باعه بجنس الدين قضى دين المرتهن منه وان باعه
بخلاف جنسه باع الثمن بجنس الدين وقضى الدين منه لانه مسلط على بيع الرهن
وقضا الدين من ثمنه وقضا الدين من جنسه يكون ولو باع العدل ثم استحق في يد
المشتري فللمشتري ان يرجع بالثمن على العدل لان العاقد هو وحقوق العقد في

فله ان يبيعه صح

ما قام مقام الرهن صح

مطلقا صح

قبله صح

متاخرا عن العقد

اذا كان التقييد مفيدا وهذا النوع من التقييد مفيد صح

باب البيع ترجع الى العاقد والعدل بالخيار ان شا استرد من المرتهن ما اوفاه من الثمن وعاد
دينه على الراهن كما كان وان شا رجع بما ضمن على الراهن وسلم للمرتهن ما قبض اما ولاية
استرداد الثمن من المرتهن فلان البيع قد بطل بالاستحقاق وتبين انه قبض الثمن من المشتري
لم يصح فله ان يسترده منه وان استرده عاد الدين على حاله واما الرجوع بما ضمن على
الراهن فلانه وكيل الراهن فله ان يرجع بالعهدة عليه وان رجع سلم للمرتهن ما قبضه
لانه صح قبضه هذا اذا سلم الثمن الى المرتهن فان كان هلك في يده قبل التسليم ليس له
ان يرجع الا على الراهن لانه وكيل الراهن بالبيع عامل له فكان عهدة عمله عليه في الاصل
لا على غيره الا ان له ان يرجع على المرتهن اذا قبض الثمن لما ذكرنا فاذا لم يقبض وجب
العمل بالاصل فيرجع على الراهن بما ضمن وبطل الرهن بالاستحقاق ورجع المرتهن بدينه
على الراهن ولو لم يستحق الرهن ولكن المشتري وجد به عيبا كان له ان يرده على العدل
لان الرد بالعيب من حقوق البيع وانها ترجع الى العاقد والعاقد هو العدل فيرد عليه
ويسترد منه الثمن الذي اعطاه والعدل بالخيار ان كان رد عليه بقضا القاضي ان شا
رجع على المرتهن ان كان سلم الثمن اليه وان شا رجع على الراهن اما على المرتهن فلانه اذا
رد عليه بعيب بقضا القاضي فقد انفسخ العقد فكان له ان يرجع بالثمن وعاد دين المرتهن
على الراهن واما الرجوع على الراهن فلانه وكيله بالبيع فيرجع عليه بالعهدة وان
كان العدل لم يعط المرتهن الثمن فان رد العدل ما قبض من الثمن فلا يرجع على احد
وان كان هلك في يده وضمن من ماله يرجع بما ضمن على الراهن خاصة دون المرتهن لما ذكرنا
في الاستحقاق ويكون المردود رهنا كما كان هذا اذا كان بيع العدل بتسليط مشروط
في عقد الرهن فاما اذا كان بتسليط وجد من الراهن بعد الرهن فان العدل
يرجع بما ضمن على الراهن لا على المرتهن سوا قبض المرتهن الثمن او لم يقبضه لانه وكيل
الراهن وعهدة الوكيل فيما وكل به على موكله في الاصل لانه عامل له فكان عهدة عمله
عليه الا ان التسليط اذا كان مشروطا في العقد ثبت له حق الرجوع على المرتهن لتعلق
حقه بهذه الوكالة على ما نذكر فاذا وقع البيع لحقه جاز ان يرجع بالضمان عليه واذا لم
يكن مشروطا فيه لم يثبت التعلق فيبقى الرجوع بالعهدة على الموكل على حكم الاصل وللعدل
ان يبيع الزوايد المتولدة لانها مرهونة تبعا للاصل لثبوت حكم الرهن فيها وهو حق
الحبس تبعا فله ان يبيعها كما له ان يبيع الاصل وكذا العبد المدفوع بالجناية على
الرهن بان قتل الرهن او فقا عينه فدفع به للعدل ان يبيعه لان الثاني قايم مقام
الاول لحما ودما فصار كان الاول قايم والله اعلم وللعدل ان يمتنع من البيع فاذا امتنع
لا يجبر عليه ان كان التسليط على البيع بعد الرهن وان كان في الرهن لم يكن له ان يمتنع

م عليه صح

م وعاد الرهن المردود رهنا بالدين صح

م حق صح

بلغ

عنه

عنه ولو امتنع يجبر عليه لان التسليط اذا لم يكن مشروطا في الرهن لم يتعلق به حق
المرتهن فكان توكيلا محضا بالبيع فاشبه التوكيل بالبيع في ساير المواضع واذا كان
مشروطا فيه كان حق المرتهن متعلقا فله ان يجبره على البيع لاستيفا حقه والله اعلم
واما بيان من يصلح عدلا في الرهن ومن لا يصلح فالمولى لا يصلح عدلا في رهن عبده المأذون
حتى لو رهن العبد المأذون على ان يضع على يد مولاه لم يجز الرهن سوا كان على العبد دين
او لم يكن والعبد يصلح عدلا في رهن مولاه حتى لو رهن انسان على ان يضع في يد عبده
المأذون صح الرهن لان قبض الرهن قبض استيفا الدين فيصير العبد وكيلا في استيفا
الدين والمولى لا يصلح وكيلا للاجنبي في استيفا الدين من عبده لان الوكيل من يعمل
لغيره واستيفا الدين من عبده عمل لنفسه من وجه لما فيه من فراغ رقبة عبده
عن شغل الدين والعبد يصلح وكيلا للاجنبي في استيفا الدين من مولاه لذلك افترقا
وعن ابي يوسف اذا المولى يصلح عدلا في رهن مكاتبه والمكاتب يصلح عدلا في رهن
مولاه لان المكاتب حر يدا فكان كل واحد منهما اجنبيا عما في يد الاخر والمكفول
عنه لا يصلح عدلا في رهن الكفيل والكفيل لا يصلح عدلا في رهن المكفول لان كل واحد
منهما لا يصلح وكيلا في استيفا الدين من صاحبه لانه يعمل لنفسه اما المكفول عنه
فلتفريغ ذمته عن الدين واما الكفيل فليتخلص نفسه عن الكفالة بالدين
واحد شريكي المفاوضة لا يصلح عدلا في رهن صاحبه بدين التجارة لان كل واحد
منهما يد صاحبه فكان ما في يد كل واحد منهما كانه في يد صاحبه فلم يتحقق
خروج الرهن من يد المرتهن وانه شرط صحة الرهن وكذا كل احد شريكي
العنان في التجارة لا يصلح عدلا في رهن صاحبه بدين التجارة لما قلنا وان كان من
غير التجارة فهو جايز من الشريكين جميعا لان كل واحد منهما اجنبي عن صاحبه
في غير دين التجارة فلم تكن يده كيد صاحبه فوجد خروج الرهن من يد الراهن
ورب المال لا يصلح عدلا في رهن المضارب ولا المضارب في رهن رب المال
حتى لو رهن المضارب شيا من مال المضاربة بدين في المضاربة على ان يضع على
يد رب المال او رهن رب المال على ان يضع على يد المضارب لا يجوز الرهن
لان يد المضارب يد رب المال وعمل رب المال كعمل المضارب فلم يتحقق خروج
الرهن من يد الراهن فلم يجز الرهن والاب لا يصلح عدلا في رهنه بثمن ما
اشترى للصغير بان اشترى الاب للصغير شيا ورهن بثمن ما اشترى له
على ان يضعه على يد نفسه فالشرا جايز والرهن باطل لانه لما شرط على
ان يضعه في يد نفسه فقد شرط على ان لا يخرج الرهن من يد الراهن وانه

ح

شرط فاسد فيفسد الرهن وهل يصلح الراهن عدلا في الرهن فان كان الرهن لم
يقبض من يده بعد لا يصلح حتى لو شرط في عقد الرهن على ان يكون الرهن في يده
فسد العقد لان قبض المرتهن شرط صحة الرهن ولا يتحقق القبض الا بخروج
الرهن من يد الراهن فكان شرط كونه في يده شرطا فاسدا فيفسد الرهن وان
كان قبضه المرتهن ثم وضعه على يده جاز بيعه لان العقد قد صح بالقبض
والبيع تصرف من الراهن في ملكه فكان الاصل فيه هو النفاذ والتوقف لحق
المرتهن فاذا رضي به فقد زال المانع فينفذ والله اعلم واما بيان ما ينعزل به
العدل ويخرج عن الوكالة وما لا ينعزل فنقول وبالله التوفيق التسليط على
البيع لا يخلو اما ان يكون في عقد الرهن واما ان يكون متاخرا عنه فان كان
في العقد فعزل الراهن العدل لا ينعزل من غير رضى المرتهن لان الوكالة اذا كانت
في العقد تابعة للعقد وكانت لازمة بالعقد فلا ينفرد الراهن بفسخها كما لا
ينفرد بفسخ العقد وكذا لا ينعزل بموت الراهن ولا بموت المرتهن لما ذكرنا ان
الوكالة الثابتة في العقد من توابع العقد والعقد لا يبطل بالموت فكذا ما هو
من توابعه وان كان التسليط متاخرا عن العقد فللراهن ان يعزله وينعزل
بموت الراهن وينعزل بموت المرتهن ايضا لان التسليط المتاخر عن العقد
توكيل مبتدا فينعزل الوكيل بعزل الموكل وموته وسائر ما يخرج به الوكيل عن
الوكالة وقد ذكرنا جملة ذلك في كتاب الوكالة وهذا الذي ذكرنا جواب ظاهر
الرواية وروي عن ابي يوسف ان التسليط الطاري على العقد والمقارن اياه سوا
لانه يلتحق بالعقد فيصير كالموجود عند العقد والصحيح جواب ظاهر الرواية
لان التسليط لم يوجد عند العقد حقيقة وجعل المعدوم حقيقة موجودا
تقديرا لا يجوز الا بدليل ولم يوجد وتبطل الوكالة بموت العدل سوا كانت
بعد العقد او في العقد ولا يقوم وارثه ولا وصيه مقامه لان الوكالة لا تورث
ولان الراهن رضي به ولم يرض بغيره فاذا مات بطلت الوكالة ولكن لا يبطل
العقد ويوضع في يد عدل اخر عن تراض منهما لانه جاز الوضع في يد الاول
في الابتدا بتراضيهما فيجوز في يد الثاني في الانتها فان اختلفا في ذلك نصب
القاضي عدلا ووضع الرهن على يده قطعا للمنازعة وليس للعدل الثاني ان يبيع
الا ان يموت الراهن لان الراهن سلط الاول لا الثاني والله اعلم وعلى هذا يخرج
نفقة الرهن انها على الراهن لا على المرتهن والاصل فيه ان ما كان من حقوق
الملك فهو على الراهن لان الملك له وما كان من حقوق اليد فهو على المرتهن لان اليد له

اذا

اذا عرف هذا فنقول الرهن اذا كان رقيقا فطعامه على الراهن وكذا شرابه
وكسوته على الراهن واجرة ظئر ولد الرهن عليه فان كان دابة فالعلف واجرة
الراعي عليه وان كان بستانا فسقيه وتلقيح نخله وجذاذه والقيام بمصالحه
عليه سوا كان في قيمة الرهن فضل او لم يكن لان هذه الاشيا من حقوق الملك
ومؤناته والملك للراهن فكانت المؤنة عليه والخراج على الراهن لانه مؤنة الملك
واما العشر ففي الخارج ياخذه الامام ولا يبطل الرهن في الباقي بخلاف ما اذا استحق
بعض الرهن شايعا انه يبطل الرهن في الباقي ووجه الفرق ان الفساد في الاستحقاق
لمكان الشيوع ولم يوجد هاهنا لان بالاستحقاق تبين ان الرهن في القدر المستحق
لم يصح والباقي شايع والشياع يمنع صحة الرهن بخلاف العشر لان وجوبه
في الخارج لا يخرجه عن ملكه بدليل انه يجوز بيعه ويجوز له الافراز وغيره
وكان الدفع الى الامام بمنزلة اخراج الشي عن ملكه فلا يتحقق فيه الشياع فهو
الفرق ولو كان في الرهن نما فاراد الراهن ان يجعل النفقة التي ذكرناها انها عليه
في نما الرهن ليس له ذلك لان زوايد المرهون مرهونة عندنا تبعا للاصل
فلا يملك الانفاق منها كما لا يملك من الاصل والحفظ على المرتهن حتى لو شرط
الراهن للمرتهن اجرا على حفظه لا يستحق المرتهن شيا من الاجر لان
حفظ الرهن عليه فلا يستحق الاجر باتيان ما هو واجب عليه بخلاف
المودع اذا شرط للمودع اجرا على حفظ الوديعة ان له الاجر لان حفظ الوديعة
ليس بواجب عليه فجاز شرط الاجر واجرة الحافظ عليه لانها مؤنة
الحفظ والحفظ عليه وكذلك اجرة المسكن والماوى لما قلنا وروي عن ابي يوسف
ان كرى الماوى على الراهن وجعله بمنزلة النفقة وجعل الابق على المرتهن بقدر
بقدر الدين والفضل على ذلك على الراهن لان وجوب الجعل على المرتهن لكون
المرهون مضمونا وانه مضمون بقدر الدين والفضل امانة فانقسم الجعل عليهما
على قدر الامانة والضمان بخلاف اجرة المسكن انها على المرتهن خاصة وان
كان في قيمة الرهن فضل لان الاجرة انما وجبت على المرتهن لكونها مؤنة الحفظ
وكل المرهون محفوظ بحفظه فكان كل المؤنة عليه فاما الجعل فانما لزمه
لكون المردود مضمونا والمضمون بعضه لا كله فيتقدر بقدر الضمان والفدا من
الجناية والدين الذي يلحق الرهن بمنزلة جعل الابق ينقسم على المضمون والامانة
وكذلك مداواة الجروح والقروح والامراض تنقسم عليهما على قدر الضمان
والامانة كذا ذكر الكرخي وذكر القاضي في شرحه مختصر الطحاوي ان المداواة

ق
ويجوز له الاداء من غيره
م اجرة صح
م كانت صح
ع

على المرتهن لانها من باب احياء حقه وهو الدين والله اعلم وكلما وجب على الراهن
واداه المرتهن بغير اذنه او وجب على المرتهن فاداه الراهن بغير اذنه فهو متطوع
لانه قضى دين غيره بغير امره فان فعل بامر القاضي يرجع على صاحبه لان للقاضي
ولاية حفظ اموال الناس وصيانتها عن الهلاك والاذن بالانفاق على وجه
يرجع على صاحبه بما انفق طريق صيانة المالين وكذلك اذا فعل احدهما بامر
صاحبه يرجع عليه لانه صار وكيلا عنه بالانفاق وروى ابو يوسف عن ابي حنيفة
ان الراهن ان كان غايبا فانفق المرتهن بامر القاضي يرجع عليه وان كان حاضرا
لم يرجع عليه وقال ابو يوسف يرجع في الحالين جميعا بناء على ان القاضي لا يلي على
الحاضر عنده وعندهما يلي عليه وهي مسئلة الحجر على الحر وقد مرت في كتاب
الحجر وعلى هذا يخرج زوايد الرهن انها مرهونة عندنا وجملة الكلام في
زيادة الرهن انها على ضربين زيادة غير متولدة من الاصل في حكم المتولد
(في الهامش: ولا صح)
منه كالكسب والهبة والصدقة وزيادة متولدة من الاصل كالولد واللبن
والثمر والصوف او في حكم المتولد من الاصل كالارش والعقر ولا خلاف في
ان الزيادة الاولى ليست بمرهونة بنفسها ولا هي بدل المرهون ولا جزء منه
فلا يثبت فيها حكم الرهن واختلف في الزيادة الثانية قال اصحابنا انها
مرهونة وقال الشافعي ليست بمرهونة بناء على ان الحكم الاصلي للرهن عنده
هو كون المرتهن احق ببيع المرهون واحق بثمنه من بين ساير الغرماء فقبل البيع
لا حق له في الرهن حتى يسري الى الولد فاشبه ولد الجارية اذا جنت ثم ولدت
ان حكم الجناية لا يثبت في ولدها لما ان حكم جناية الام هو وجوب الدفع
الى المجني عليه وانه ليس بمعنى ثابت في الام فلم يسر الى الولد كذا هذا والدليل
على ان الزيادة ليست بمرهونة انها ليست بمضمونة كالاصل وعندنا حق
الحبس حكم اصلي للرهن ايضا وهذا الحكم ثابت في الام فيثبت في الولد تبعا
وكانت الزيادة مرهونة تبعا للام الا انها ليست بمضمونة لثبوت حكم الرهن فيها
تبعا لا اصلا وكانت مرهونة تبعا لا اصلا كولد المبيع انه مبيع على اصل اصحابنا
رحمهم الله لكن تبعا لا اصلا فلا يكون له حصة من الثمن الا اذا صار مقصودا
بالقبض فكذا المرهون تبعا لا يكون له حصة من الضمان الا اذا صار مقصودا
بالفكاك واذا كانت الزيادة مرهونة عندنا كانت محبوسة مع الاصل بكل الدين
وليس للراهن ان يفتك احدهما الا بقضاء الدين كله لان كل واحد منهما مرهون
والمرهون محبوس كله بكل جزء من اجزاء الدين لما نذكره في موضعه ان شاء الله تعالى

ويقسم

ويقسم الدين على الاصل والزيادة على تقدير بقايها الى وقت الفكاك على قدر قيمتهما
لكن يعتبر قيمة الاصل وقت العقد وقيمة الزيادة يوم الفكاك ونبين ذلك في
موضعه ان شاء الله تعالى وعلى هذا يخرج الزيادة على الرهن انها لما كانت جايزة
على اصل اصحابنا رحمهم الله كان للمرتهن ان يحبسهما جميعا بالدين ولا سبيل للراهن
على احدهما ما لم يقض جميع الدين لان كل واحد منهما مرهون ويقسم الدين
بينهما على قدر قيمتهما الا انه يعتبر قيمة الرهن وقت العقد وقيمة الزيادة وقت
الزيادة وايهما هلك يهلك بحصته من الدين بخلاف والفرق بين الزيادتين
(في الهامش: زيادة الرهن صح)
يذكر في موضعه ان شاء الله تعالى واما الذي يتعلق بكيفية هذا الحكم فنوعان
احدهما ان الثابت للمرتهن حق حبس الرهن بالدين الذي رهن به وليس له
ان يمسكه بدين وجب له على الراهن قبل الرهن او بعده لانه رهن بهذا الدين
لا بدين اخر فلا يملك حبسه بدين اخر لان ذلك دين لا رهن به والثاني ان
المرهون محبوس بجميع الدين الذي رهن به سواء كانت قيمة الرهن اقل من
الدين او اكثر حتى لو قضى الراهن بعض الدين كان للمرتهن ان يحبس كل الرهن
حتى يستوفي ما بقي قل الباقي او كثر لان الرهن في حق ملك الحبس لا يتجزى
فما بقي شيء من الدين يكون محبوسا به كالمبيع قبل القبض لما كان محبوسا
بجميع الثمن فما بقي شيء من الثمن يكون محبوسا به كذا هذا ولان صفقة الرهن
واحدة فاسترداد شيء من المرهون بقضاء بعض الدين يتضمن تفريق الصفقة من
غير رضا المرتهن وهذا لا يجوز وسواء كان المرهون شيئا واحدا او اشياء ليس
للراهن ان يسترد شيئا من ذلك بقضاء بعض الدين لما قلنا وسواء سمي لكل
واحد منها شيئا من المال الذي رهن به او لم يسم في رواية الاصل وذكر في الزيادات
فيمن رهن مائة شاة بالف درهم على ان كل شاة منها بعشرة دراهم فادى عشرة
كان له ان يقبض شاة ذكر الحاكم الشهيد رحمه الله ان ما ذكر في الاصل قول
ابي يوسف وما ذكر في الزيادات قول محمد رحمه الله وذكر الجصاص في
المسئلة روايتين عن محمد وجه رواية الزيادات انه لما سمى لكل واحد منها
دينا متفرقا اوجب ذلك تفريق الصفقة وصار كانه كل واحد منها بعقد على
(في الهامش: رهن صح)
حدة وجه رواية الاصل ان الصفقة واحدة حقيقة لانها اضيفت الى الكل
اضافة واحدة الا انه تفرقت التسمية وتفريق التسمية لا يوجب تفريق الصفقة
كما في باب البيع اذا اشتملت الصفقة على اشياء كان للبايع حق حبس كلها الى ان
يستوفي جميع الثمن وان سمي لكل واحد منها ثمنا على حدة كذا هذا والله اعلم

وأما الحكم الثاني وهو اختصاص المرتهن ببيع المرهون له واختصاصه بثمنه فنقول
وبالله التوفيق إذا بيع الرهن حال حياة الراهن وعليه ديون أخر فالمرتهن أحق بثمنه
من سائر الغرماء لأن بعقد الرهن ثبت له الاختصاص بالمرهون فيثبت له الاختصاص
ببدله وهو الثمن ثم إن كان الدين حالا والثمن من جنسه فقد استوفاه إن كان في
الثمن وفاء بالدين وإن كان فيه فضل رده على الراهن وإن كان انتقص من الدين رجع
المرتهن بفضل الدين على الراهن وإن كان الدين مؤجلا حبس الثمن إلى وقت حلول
الأجل لأنه بدل المرهون فيكون مرهونا فإذا حل الأجل فإن كان الثمن من جنس
الدين صار مستوفيا دينه وإن كان من خلاف جنسه يحبسه إلى أن يستوفي دينه كله
وكذلك إذا بيع الرهن بعد وفاة الراهن وعليه ديون ولم يخلف مالا آخر سوى
الرهن كان المرتهن أحق بثمنه من سائر الغرماء لما ذكرنا فإن فضل شيء يضم الفضل إلى
مال الراهن ويقسم بين الغرماء بالحصص لأن قدر الفضل لم يتعلق به حق المرتهن
وإن نقص عن الدين رجع المرتهن بما بقي من دينه في مال الراهن وكان بين الغرماء في
بالحصص لأن قدر الفضل من الدين دين لا رهن به فيستوي فيه الغرماء وكذلك لو كان
على الراهن دين آخر كان المرتهن فيه أسوة الغرماء وليس له أن يستوفيه من ثمن الرهن
لأن ذلك الدين دين لا رهن به فيضارب فيه الغرماء كلهم وأما الحكم الثالث وهو وجوب
تسليم المرهون عند الافتكاك فيتعلق به معرفة وقت وجوب التسليم فنقول
وبالله التوفيق وجوب تسليمه ما بعد قضاء الدين يقضي الدين أولا ثم يسلم الرهن
لأن الرهن وثيقة وفي تقديم تسليمه إبطال الوثيقة ولأنه لو سلم الرهن أولا فمن
الجائز أن يموت الراهن قبل قضاء الدين فيصير المرتهن كواحد من الغرماء فيبطل حقه
فلزم تقديم قضاء الدين على تسليم الرهن إلا أن المرتهن إذا طلب يؤمر بإحضار
الرهن أولا ويقال له أحضر الرهن إذا كان قادرا على الإحضار من غير ضرر زائد
ثم يخاطب الراهن بقضاء الدين لأنه لو خوطب بقضائه من غير إحضار الرهن من
الجائز أن الرهن قد هلك وصار المرتهن مستوفيا دينه من الرهن فيؤدي إلى
الاستيفاء مرتين وكذلك المشتري يؤمر بتسليم الثمن أولا إذا كان دينا ثم يؤمر
البائع بتسليم المبيع لما ذكرنا في كتاب البيوع إلا أن البائع إذا طالبه بتسليم
الثمن يقال أحضر المبيع لجواز أن المبيع قد هلك وسواء كان عين الرهن قائما في
يد المرتهن أو كان في يده بدل له بعد أن كان البدل من خلاف جنس الدين نحو ما إذا
كان المرتهن مسلطا على بيع الرهن فباعه بخلاف جنسه أو قتل الرهن خطأ
وقضي بالدية من خلاف جنس الدين فطالبه المرتهن بدينه كان للراهن أن لا يدفع حتى

م منه صح
م بينه صح
م الدين صح
م له صح

يحضره

يحضره المرتهن لأن البدل قائم مقام المبدل وكأن المبدل قائم ولو كان قائما له أن
يمنع ما لم يحضره المرتهن فكذا إذا قام البدل مقامه ولو كان الرهن على يدي عدل
وجعلا للعدل أن يضعه عند من أحب وقد وضعه عند رجل فطالب المرتهن بدينه يجبر
الراهن على قضاء الدين ولا يكلف المرتهن بإحضار الرهن لأن قضاء الدين واجب على الرا
على سبيل التضييق إلا أنه رخص له التأخير إلى حال إحضار الدين عند القدرة على الإحضار
وهاهنا لا قدرة للمرتهن على إحضاره لأن للعدل أن يمنعه عنه ولو أخذ من يده جبرا
كان غاصبا وإلى هذا أشار محمد رحمه الله في الكتاب فقال كيف يؤمر بإحضار شيء
لو أخذه كان غاصبا وإذا سقط التكليف بالإحضار زالت الرخصة فيخاطب
بقضاء الدين وكذلك إذا وضعا الرهن في يد عدل فغاب العدل بالرهن ولا
يدري أين هو لا يكلف المرتهن بإحضار الرهن ويجبر الراهن على قضاء الدين لما ذكرنا
وإن كان الرهن في يد المرتهن فالتقيا في بلد آخر وطالب المرتهن الراهن بدينه
فإن كان الرهن مما له حمل ومؤنة يجبر الراهن على قضاء الدين ولا يجبر المرتهن
على إحضار الرهن لما ذكرنا أن قضاء الدين واجب عليه على سبيل التضييق والتأخير
إلى وقت الإحضار للضرورة التي ذكرنا عند القدرة على الإحضار من غير ضرر
زائد والمرتهن هاهنا لا يقدر على الإحضار إلا بالمسافرة بالرهن أو بنقله من مكان
العقد وفيه ضرر بالمرتهن فسقط التكليف بالإحضار ولو ادعى الراهن هلاك
الرهن وقال المرتهن لم يهلك فالقول قول المرتهن مع يمينه لأن الرهن كان
قائما والأصل في الثابت بقاؤه فالمرتهن يستصحب حالة القيام والراهن يدعي
زوال تلك الحال والقول قول من يدعي الأصل لأن الظاهر شاهد له ولأن الراهن
بدعوى الهلاك يدعي على المرتهن استيفاء الدين وهو ينكر فكان القول قوله مع يمينه
ويحلف على البتات لأنه يحلف على نفسه وهو القبض السابق لأن المرتهن لا يصير
مستوفيا بالهلاك لأنه لا صنع له فيه بل بالقبض السابق وذلك فعله بخلاف ما
إذا كان الرهن عند عدل فغاب بالرهن واختلف الراهن والمرتهن في هلاك الرهن
أن هناك يحلف المرتهن على العلم لا على البتات لأن ذلك تحليف على فعل غيره وهو
قبض العدل فتعذر التحليف على البتات فيحلف على العلم كما لو ادعى الراهن أنه أوفى
الدين وكيل المرتهن والمرتهن ينكر أنه يحلف على العلم لما قلنا كذا هنا وإن كان
مما لا حمل له ولا مؤنة فالقياس أن يجبر على قضاء الدين وفي الاستحسان لا يجبر
ما لم يحضر المرتهن الرهن لأنه ليس في إحضاره ضرر زائد وعلى هذا الأصل مسائل
في الزيادات ولو اشترى شيئا ولم يقبضه ولم يسلم الثمن حتى لقيه البائع في غير مصره

هن
يعني صح
م فعل صح

الذي وقع البيع فيه فطالبه بالثمن وابى المشتري حتى يحضر البايع المبيع سواء كان له حمل ومونة او لم يكن فرق بين المبيع والرهن ووجه الفرق ان المبيع معاوضة مطلقة والمساواة في المعاوضات المطلقة مطلوبة عادة وشريعة ولا تتحقق المساواة من غير احضار المبيع بخلاف الرهن لانه ليس بمعاوضة مطلقة وان كان فيه معنى المعاوضة فلا يلزم اعتبار المساواة بين المرهون والمرهون به وهو الدين في هذا الحكم والله اعلم

فصل واما الذي يتعلق بهلاك المرهون فالمرهون اذا هلك لا يخلو اما ان يهلك بنفسه واما ان يهلك بالاستهلاك فان هلك بنفسه يهلك مضمونا بالدين عندنا والكلام في هذا الحكم في ثلاث مواضع احدها في بيان اصل الضمان انه ثابت ام لا والثاني في بيان شرايط الضمان والثالث في بيان قدر الضمان وكيفيته اما الاول فقد اختلف فيه قال اصحابنا رحمهم الله ان المرهون يهلك مضمونا بالدين وقال الشافعي رحمه الله يهلك امانة واحتج بما روي عن رسول الله صلى الله عليه وسلم انه قال لا يغلق الرهن لا يغلق الرهن لا يغلق الرهن هو لصاحبه الذي رهنه له غنمه وعليه غرمه فقد جعل النبي صلى الله عليه وسلم غرم الرهن على الراهن وانما يكون غرمه عليه اذا كان امانة لان عليه قضاء دين المرتهن واما اذا هلك مضمونا كان غرمه على المرتهن حيث يسقط حقه لا على الراهن وهذا خلاف النص ولان عقد الرهن جعل وثيقة بالدين ولو سقط الدين بهلاك المرهون لكان توهينا لا توثيقا لانه يقع تعريض الحق للتلف على تقدير هلاك الرهن فكان توهينا للحق لا توثيقا له ولنا ما روي عن رسول الله صلى الله عليه وسلم انه قال الرهن بما فيه وفي رواية ذهب الرهان بما فيها وهذا نص لا يحتمل التاويل وروي ان رجلا رهن بدين عند رجل فرسا فنفق الفرس عنده وطالبه المرتهن بحقه فاختصما الى رسول الله صلى الله عليه وسلم فقال عليه السلام ذهب حقك ولان المرتهن حصل مستوفيا للدين عند هلاك الرهن فلا يملك الاستيفاء ثانيا كما اذا استوفي بالفكاك وتقرر معنى الاستيفاء في الرهن ذكرناه في مسايل الخلاف واما الحديث فيحتمل ان يكون معنى قوله عليه السلام لا يغلق الرهن اي لا يهلك اذ الغلق يستعمل في الهلاك كذا قال بعض اهل اللغة وعلى هذا كان الحديث حجة عليه لانه يذهب بالدين فلا يكون هالكا معنى وقيل معناه اي لا يستحقه المرتهن ولا يملكه عند امتناع الراهن عن قضاء الدين وهذا كان حكما جاهليا جاء الاسلام فابطله وقوله عليه غرمه اي نفقته وكفنه ونحن به نقول وقوله انه وثيقة قلنا معنى التوثق في الرهن هو التوسل اليه في اقرب الاوقات لانه كان للمرتهن ولاية مطالبة الراهن بقضاء الدين من ماله وبعد

الرهن

حتى يحضر المبيع لا يجبر المشتري على تسليم الثمن صح

اصل الضمان

يفيد ... الرهن

اي معنى ...

الرهن حدث له ولاية المطالبة بالقضاء من مال الغير وهو الرهن بواسطة البيع فازداد طريق الوصول الى حقه فحصل معنى التوثق والله اعلم

فصل واما شرايط كونه مضمونا عند الهلاك فمنها قيام الدين حتى لو سقط الدين من غير عوض ثم هلك الرهن في يد المرتهن هلك امانة وعلى هذا يخرج ما اذا ابرأ المرتهن الراهن عن الدين ثم هلك الرهن في يد المرتهن انه يهلك بغير شيء ولا ضمان على المرتهن فيه اذا لم يوجد منه منع الرهن من الراهن عند طلبه استحسانا والقياس ان يضمن وهو قول زفر ولو استوفى دينه ثم هلك الرهن في يده يهلك بالدين وعليه رد ما استوفى فزفر يسوي بين الابراء والاستيفاء ونحن نفرق بينهما وجه القياس ان قبض الرهن قبض استيفاء ويتقرر ذلك الاستيفاء عند الهلاك فيصير كانه استوفى الدين ثم ابراه عنه ثم هلك الرهن ولو كان كذلك لضمن كذا هذا ولان المرهون انما صار مضمونا بالقبض يبقى الضمان ما بقي القبض وقد بقي لانعدام ما ينقضه وجه الاستحسان ان كون المرهون مضمونا بالدين يستدعي قيام الدين لان الضمان هو ضمان الدين وقد سقط بالابراء فاستحال ان يبقى مضمونا به وقد خرج الجواب عن قوله ان الاستيفاء يتقرر عند الهلاك لانا نقول نعم اذا كان الدين قايما فاذا سقط بالابراء لا يتصور الاستيفاء وهذا بخلاف ما اذا استوفى الدين ثم هلك الرهن في يد المرتهن لان قبض الرهن قايم والضمان متعلق به فيبقى ما بقي القبض ما لم يوجد المسقط والاستيفاء لا يسقط الضمان بل يقرره لان المستوفي يصير مضمونا على المرتهن بخلاف الابراء لانه يسقط لان الابراء اسقاط فلا يبقى الضمان فهو الفرق هذا اذا لم يوجد من المرتهن منع الرهن من الراهن بعد طلبه فان وجد ثم هلك الرهن في يده ضمن كل قيمته لانه صار غاصبا بالمنع والمغصوب مضمون بكل القيمة وعلى هذا يخرج ما اذا اخذت المراة بصداقها رهنا ثم طلقها الزوج قبل الدخول ثم هلك الرهن في يدها انه لا ضمان عليها في نصف الصداق الذي سقط بالطلاق لانها لم تصر مستوفية لذلك النصف عند هلاك الرهن لسقوطه بالطلاق فلم يبق القبض مضمونا وكذلك لو اخذت بالصداق رهنا ثم ارتدت قبل الدخول بها حتى سقط المهر ثم هلك الرهن في يدها لا ضمان عليها لان الصداق لما سقط بالردة لم يبق القبض مضمونا فصار كما لو ابرأته عن الصداق ثم هلك الرهن في يدها ولو لم يكن المهر مسمى حتى وجب مهر المثل فاخذت بمهر المثل رهنا ثم طلقها قبل الدخول بها حتى وجبت عليه المتعة لم يكن لها ان تحبس الرهن بالمتعة ولو هلك في يدها ولم يوجد منها منع يهلك بغير شيء

شرايط الضمان

والمتعة باقية على الزوج وهذا قول ابي يوسف وقال محمد لها حق الحبس بالمتعة
واذا هلك يهلك بالمتعة ولقب المسألة ان الرهن بمهر المثل هل يكون رهنا
بالمتعة عند ابي يوسف لا يكون وعند محمد يكون ولم يذكر قول ابي حنيفة
في الاصل وذكر الكرخي قوله مع قول ابي يوسف وجه قول محمد ان الرهن
بالشيء رهن ببدله في الشرع لان بدل الشيء يقوم مقامه كانه هو ولهذا كان الرهن
بالمغصوب رهنا بقيمته عند هلاكه والرهن بالمسلم فيه رهنا برأس المال عند
الاقالة والمتعة بدل عن نصف مهر المثل لانه يجب بالسبب الذي وجب به مهر
المثل وهو النكاح عند عدمه وهذا حد البدل في اصول الشرع ولابي يوسف
ان المتعة وجبت اصلا بنفسها لا بدلا عن مهر المثل والسبب انعقد لوجوبها
ابتداء كما انعقد لوجوب مهر المثل وبالطلاق زال في حق احد الحكمين وبقي في حق
الحكم الاخر الا انه لا يعمل فيه الا بعد الطلاق فكان الطلاق شرط عمل السبب
وهذا لا يدل على كونها بدلا كما في ساير الاسباب المعلقة بالشروط ولو اسلم في طعام
واخذ به رهنا ثم تفاسخا العقد كان له ان يحبس الرهن برأس المال لان رأس المال
بدل عن المسلم فيه فان هلك الرهن في يده يهلك بالطعام لان القبض حين وجوده وقع
مضمونا بالطعام وبالاقالة لم يسقط الضمان اصلا لان بدله قائم في قدر رأس المال
فبقي القبض مضمونا على ما كان بخلاف ما اذا ابراه عن الدين ثم هلك الرهن
في يد المرتهن انه يهلك بغير شيء لان الضمان هناك سقط اصلا ورأسا فخرج
القبض من ان يكون مضمونا ولو اشترى عبدا وتقابضا ثم تفاسخا كان للمشتري
ان يحبس المبيع حتى يستوفي الثمن لان المشتري بعد التفاسخ نزل منزلة البايع
وللبايع حق حبس المبيع حتى يستوفي الثمن فكذا المشتري وكذلك لو ان البايع
سلم المبيع واخذ بالثمن رهنا من المشتري ثم تقايلا كان للبايع ان يحبس الرهن
حتى يقبض المبيع كما في السلم والله اعلم ومنها ان يكون هلاك المرهون في قبض
الرهن فان لم يكن لا يكون مضمونا بالدين وان بقي عقد الرهن لان المرهون انما
صار مضمونا بالقبض فاذا خرج عن قبض الرهن لم يبق مضمونا وعلى هذا يخرج
ما اذا غصب الرهن غاصب فهلك في يده انه لا يسقط شيء من الدين لان قبض الغصب
ابطل قبض الرهن وان لم يبطل عقد الرهن حتى كان للمرتهن ان ينقض قبض الغاصب
ويرده الى الرهن وعلى هذا يخرج ما اذا استعار المرتهن المرهون من الراهن لينتفع به
فهلك انه ان هلك قبل ان يأخذ في الانتفاع او بعد ما فرغ عنه يهلك بالدين وان هلك
في حالة الانتفاع يهلك امانة لان المرهون قبل ان يأخذ في الانتفاع على حكم قبض

الرهن

م المثل صح

م فان هلك الرهن في يد يهلك بالثمن لان القبض حين وجوده وقع مضمونا بالثمن فلا يتغير عما كان عليه كما في السلم صح

م اذا صح

الرهن لانعدام ما ينقضه وهو قبض الانتفاع واذا اخذ في الانتفاع فقد نقضه لوجود
قبض العارية وقبض العارية منافي لقبض الرهن لانه قبض امانة وقبض الرهن قبض
ضمان واذا جاء احدهما انتفى الاخر ثم اذا فرغ من الانتفاع فقد انتهى قبض العارية
فعاد قبض الرهن وكذا اذا اذن الراهن للمرتهن في الانتفاع بالمرهون فهو على هذا
التفصيل ولو استعاره الراهن من المرتهن لينتفع به فقبضه خرج عن ضمان
الرهن حتى لو هلك في يده يهلك امانة والدين على حاله لان قبضه قبض العارية
وانه قبض امانة فينافي قبض الضمان وكذلك اذا اذن المرتهن للراهن بالانتفاع
بالرهن وكذلك لو اعاره الراهن من اجنبي باذن المرتهن او اعاره المرتهن من اجنبي
باذن الراهن وسلمه الى المستعير فالمرهون في هذه الوجوه كلها يخرج عن ضمان الرهن
ولا يخرج عن عقد الرهن والخروج عن الضمان لا يوجب الخروج عن العقد كزوائد
الرهن ولو كان المرهون جارية فاستعارها الراهن فولدت في يده ولدا فالولد رهن
لان الاصل مرهون لقيام عقد الرهن حتى لو هلكت الجارية قبل ان يقبض المرتهن
الولد فالدين قائم والولد رهن بجميع المال الا ان الضمان وان فات فالعقد قائم
وفوات الضمان لا يوجب بطلان العقد على ما مر واذا بقي العقد بالام صار
الولد مرهونا تبعا للام فكان له ان يحبسه بجميع المال وكذلك لو ولدت هذه
الابنة ولدا فانها رهن بجميع المال وان ماتا لم يسقط شيء من الدين لان الولد
ليس بمضمون الا ترى ان الام لو كانت قايمة فهلك الولد لا يسقط شيء من الدين
فكذا اذا كانت هالكة ولا يفتك الراهن واحدة منهما حتى يؤدي الدين كله لانهما
جميعا دخلا في العقد فلا يملك الراهن التفريق ولو مات الراهن والرهن قايم
في يده قبل ان يرده الى المرتهن فالمرتهن احق به من ساير الغرما لقيام عقد
الرهن وان بطل الضمان كما في ولد الرهن ان المرتهن احق به وان لم يكن فيه
ضمان ولو اعار الراهن الرهن من المرتهن او اذن له بالانتفاع به فجا يفتك الرهن
وهو ثوب وبه خرق فاختلفا فقال الراهن حدث هذا في يدك قبل اللبس او بعد ما
لبسته ورددته الى الرهن وقال المرتهن لا بل حدث هذا في حالة اللبس فقد اتفقا
على خروجه من الضمان والراهن يدعي عوده الى الضمان والمرتهن ينكر وكان القول
قوله هذا اذا اتفقا على اللبس واختلفا في وقته فاما اذا اختلفا في اصل اللبس
فقال الراهن لم البسه ولكنه تخرق وقال المرتهن لبسته فتخرق فالقول قول
الراهن لانهما اتفقا على دخوله في الضمان فالمرتهن بدعواه اللبس يدعي الخروج من
الضمان والراهن ينكر فيكون القول قوله فان اقام الراهن البينة انه تخرق في ضمان

م فالقول قول المرتهن لانهما اتفقا على اللبس صح

المرتهن واقام المرتهن البينة انه تخرق بعد خروجه من الضمان فالبينة بينة
الراهن لان بينته مثبتة فانها تثبت الاستيفا وبينة المرتهن تنفي الاستيفا فالمثبتة
اولى والله اعلم ومنها ان يكون المرهون مقصودا فلا تكون الزيادة المتولدة
من الرهن او ما هو في حكم المتولد كالولد والثمرة واللبن والصوف والعقر وغيرها
مضمونا الا الارش خاصة حتى لو هلك شي من ذلك لا يسقط شي من الدين الا الارش
فانه اذا هلك تسقط حصته من الدين وانما كان كذلك لان الولد ليس بمرهون
مقصودا بل تبعا للاصل كولد المبيع على اصل اصحابنا انه مبيع تبعا لا مقصودا
والمرهون تبعا لا حصة له من الضمان الا اذا صار مقصودا بالفكاك كما ان المبيع تبعا
لا حصة له من الثمن الا اذا صار مقصودا بالقبض بخلاف الارش لانه بدل المرهون
لان كل جزء من اجزا المرهون مرهون وبدل الشي قايم مقامه كانه هو وكان
حكمه حكم الاصل والاصل مضمون كذلك بدله بخلاف الولد ونحوه
بخلاف الزيادة على الرهن انها مضمونة لانها مرهونة مقصودا لا تبعا لان
الزيادة اذا صحت التحقت باصل العقد وكان العقد ورد على الزيادة والمزيد
عليه على ما نذكر في موضعه ان شا الله تعالى ولو هلك وبقيت الزيادة يقسم
الدين على الاصل والزيادة على قدر قيمتهما ويعتبر قيمة الاصل وقت القبض
وان شيت قلت وقت العقد وهو اختلاف عبارة والمعنى واحد لان
الايجاب والقبول لا يصير عقدا شرعا الا عند القبض وتعتبر قيمة الزيادة
وقت الفكاك لان الاصل انما صار مضمونا بالقبض فتعتبر قيمته يوم القبض
والزيادة انما يصير لها حصة من الضمان يوم الفكاك فتعتبر قيمتها حينيذ الا
ان هذه القسمة للحال ليست قسمة حقيقية بل من حيث الظاهر حتى تتغير بتغير
قيمة الزيادة الى الزيادة والنقصان من حيث السعر والبدن والقسمة
الحقيقية وقت الفكاك ولا تتغير القسمة بتغير قيمة الاصل بالزيادة
والنقصان في السعر او في البدن لان الاصل دخل في الضمان بالقبض والقبض
لم يتغير فلا يتغير الضمان والولد انما ياخذ قسطا من الضمان بالفكاك
فيعتبر قيمته يوم الفكاك وشرح هذه الجملة اذا رهن جارية قيمتها
الف بالف فولدت ولدا يساوي الفا فان الدين يقسم على قيمة الام والولد
نصفين فيكون في كل واحد منهما خمسماية حتى لو هلكت الام سقط نصف
الدين وبقي الولد رهنا بالنصف الباقي يفتكه الراهن به ان بقي الى وقت
الفكاك وان هلك قبل ذلك هلك بغير شي وجعل كان لم يكن وعادت حصته

من

من الدين الى الام وتبين ان الام هلكت بجميع الدين وان لم يهلك لكن تغيرت
قيمته الى الزيادة فصار يساوي الفين بطلت قسمة الانصاف وصارت
القسمة اثلاثا ثلثا الدين في الولد والثلث في الام وتبين ان الام هلكت بثلث الدين
وبقي الولد رهنا بالثلثين فان ازدادت قيمته وصار يساوي ثلاثة الاف
بطلت قسمة الاثلاث وصارت القسمة ارباعا ثلاثة ارباع الدين في الولد وربع
في الام وتبين ان الام هلكت بربع الدين وبقي الولد رهنا بثلاثة ارباعه
ولو تغيرت قيمته الى النقصان فصار يساوي خمس ماية بطلت قسمة الارباع
وصارت القسمة اثلاثا ثلثا الدين في الام والثلث في الولد وتبين ان الام هلكت
بثلثي الدين وبقي الولد رهنا بالثلث هكذا على هذا الاعتبار وسوا كان الولد
واحدا او اكثر ولد واحدا او متفرقا يقسم الدين على الام وعلى الاولاد على قدر
قيمتهم لكن تعتبر قيمة الام يوم العقد وقيمة الاولاد يوم الفكاك لما ذكرنا وولد
الولد في القسمة له حكم الولد حتى لو ولدت الجارية بنتا ثم ولدت بنتها ولدا فهما
بمنزلة الولدين حتى يقسم الدين على الجارية وعليهما على قدر قيمتهم ولا يقسم على
الجارية وعلى الولد الاصلي ثم يقسم ما فيه عليه وعلى ولده لان ولده ليس
بمضمون حتى يتبعه ولده فكانهما في الحكم ولدان ولو ولدت الجارية ولدا
ثم نقصت قيمة الام في السعر او في البدن فصارت تساوي الفين والولد
على حاله يساوي الفا فالدين بينهما نصفان لا يتغير عما كان وان كانت
الام على حالها وانتقصت قيمة الولد لعيب وطيه او لسعر فصار يساوي خمس ماية
صار الدين فيهما اثلاثا الثلثان في الام والثلث في الولد ولو ازدادت قيمة الولد فصار
يساوي الفين فثلثا الدين في الولد والثلث في الام حتى لو هلكت يبقى الولد رهنا
بالثلثين لما ذكرنا ان الاصل انما دخل تحت الضمان بالقبض والقبض لم يتغير
فلا تتغير القسمة والولد انما يصير له حصة من الضمان بالفكاك فتعتبر قيمته
يوم الفكاك ولو اعورت الام بعد الولادة او كانت اعورت قبلها ذهب من
الدين بعورها ربعه وذلك مايتان وخمسون وبقي الولد رهنا بثلاثة
ارباع الدين وذلك سبع ماية وخمسون وهذا الجواب فيما اذا ولدت ثم
اعورت ظاهر لان الدين قبل كان فيهما نصفين وكل واحد منهما خمس ماية
فاذا اعورت والعين من الادمي نصفه فذهب قدرها فيها من الدين وهو
نصف نصف الدين وهو ربع الكل وبقي الولد رهنا ببقية الدين وهو
ثلاثة الارباع فاما اذا اعورت ثم ولدت ففيه اشكال من حيث الظاهر وهو

م ثلثا صح

م تساوي خمسماية او ازدادت قيمتها فصارت صح

م الاعوراد صح

ان قبل الاعورار كان كل الدين فيها وبالاعورار ذهب النصف وبقي النصف
فاذا ولدت ولدا فينبغي ان يقسم النصف الباقي من الدين علي الجارية العورا
وعلي ولدها اثلاثا الثلثان في الولد والثلث في الام والجواب ان ذهاب
نصف الدين بالاعورار لم يكن حتما بل علي طريق التوقف علي تقدير عدم الولادة
فاذا ولدت تبين انه لم يذهب بالاعورار الا ربع الدين لان الزيادة تجعل
كانها موجودة عند العقد فصار كانها ولدت ثم اعورت ولو هلك الولد
وقد اعورت الام قبل الولادة او بعدها ذهب نصف الدين بالاعورار لان الولد
لما هلك التحق بالعدم وجعل كان لم يكن وعادت حصته الي الام وتبين ان
الام كانت رهنا بجميع الدين فاذا اعورت ذهب بالاعورار نصفه وبقي النصف
الاخر ولو لم يهلك ولكنه اعور لم يسقط باعوراره شي من الدين لانه لو
هلك لا يسقط فاذا اعور اولي لكن تلك القسمة التي كانت من حيث الظاهر
تتغير لانها تحتمل التغير بتغير قيمة الولد الي الزيادة والنقصان لما
ذكرنا فيما تقدم وعلي هذا تخرج الزيادة في الرهن انها مضمونة علي اصل
اصحابنا بان رهن جارية ثم زاد عبدا فكانت مرهونة اصلا لا تبعا وكانت
مضمونة ويقسم الدين علي المزيد عليه والزيادة وجملة الكلام في كيفية
الانقسام ان الراهن لا يخلو اما ان زاد في الرهن وليس في الرهن نما واما
ان كان فيه نما فان لم يكن فيه نما ينقسم الدين علي المزيد عليه والزيادة علي
قدر قيمتهما حتي لو كانت قيمة الجارية الفا وقيمة العبد الفا والدين الف
فان الدين فيهما نصفان في كل واحد منهما خمس مائة ولو كانت قيمة العبد
الزيادة خمس مائة كان الدين فيهما اثلاثا الثلثان في العبد والثلث في
الجارية وايهما هلك يهلك بحصته من الدين لان كل واحد منهما مرهون
مقصودا لا تبعا الا انه يعتبر قيمة المزيد عليه يوم العقد وهو يوم قبضه
وقيمة الزيادة يوم الزيادة وهو يوم قبضها ولا يعتبر تغير قيمتهما بعد ذلك
لان الزيادة والنقصان كل واحد منهما انما دخل في الضمان بالقبض فتعتبر
قيمته يوم القبض والقبض لم يتغير بتغير القيمة فلا تتغير القسمة
بخلاف زيادة الرهن وهي نماوه ان القسمة تتغير بتغير قيمتها لانها
مرهونة تبعا لا اصلا والمرهون تبعا لا ياخذ حصة من الضمان الا بالفكاك
فيعتبر قيمتها يوم الفكاك وكانت القسمة قبله محتملة التغير ولو نقص
المرهون في يده حتي ذهب قدره من الدين ثم زاد الراهن بعد ذلك رهنا

والمزيد عليه

اخر

اخر يقسم ما بقي من الدين علي قيمة الباقي وعلي قيمة الزيادة يوم قبضت نحو ما
اذا رهن جارية قيمتها الف بالف فاعورت حتي ذهب نصف الدين وبقي
النصف ثم زاد الراهن عبدا قيمته الف يقسم النصف الباقي علي قيمة الجارية عورا
وعلي قيمة العبد الزيادة اثلاثا فيكون ثلثا هذا النصف وذلك ثلاث مائة وثلاثة
وثلاثون وثلث في العبد الزيادة والثلث وذلك مائة وست وستون
وثلثان في الجارية فرق بين الزيادة في الرهن وبين زيادة الرهن وهو
نماوه بان اعورت الجارية ثم ولدت ولدا قيمته الف ان الدين يقسم علي قيمة الجارية
يوم القبض صحيحة وعلي قيمة الولد يوم الفكاك نصفين فيكون في كل واحد منهما
خمس مائة ثم ما اصاب الام وهو النصف ذهب بالاعورار نصفه وهو مائتان
وخمسون وبقي ثلاثة ارباع الدين وذلك سبع مائة وخمسون في الام والولد
ثلثا ذلك خمس مائة في الولد وثلث ذلك مائتان وخمسون في الام وفي الزيادة
علي الرهن بقي الاصل والزيادة بنصف الدين ووجه الفرق بين الزيادتين
ان حكم الرهن في هذه الزيادة وهي الزيادة علي الرهن تثبت بطريق الاصالة
لا بطريق التبعية لكونها زيادة مقصودة لورود فعل الرهن عليها مقصودا
فيعتبر في القسمة ما بقي من الدين وقت الزيادة ولم يبق وقت الزيادة الا
النصف فينقسم ذلك النصف عليهما علي قدر قيمتهما بخلاف زيادة الرهن لانها
ليست بمرهونة مقصودا لانعدام وجود الرهن فيها بل تبعا للاصل لكونها
متولدة منه فيثبت حكم الرهن فيها تبعا للاصل كانها متصلة به فتصير
كانها كانت موجودة عند العقد فكان الثابت في الولد غير ما كان ثابتا
في الام فيعتبر في القسمة قيمة الام يوم القبض وكذلك لو قضى الراهن المرتهن
من الدين خمس مائة ثم زاده في الرهن عبدا قيمته الف ان هذه الزيادة تلحق
الخمس مائة الباقية فينقسم علي نصف قيمة الجارية وهو خمس مائة وعلي
قيمة العبد الزيادة وهي الف اثلاثا ثلثاها في العبد وثلثها في الجارية حتي
لو هلك العبد هلك بثلثي الخمس مائة وذلك ثلاث مائة وثلاثة وثلاثون
وثلث ولو هلكت الجارية هلكت بالثلث وذلك مائة وست وستون وثلثان
لان الزيادة زيادة علي المرهون والمرهون محبوس بالدين والمحبوس بالدين نصف
الجارية لا كلها اذ لم يبق نصف الدين لصيرورته مقضيا فالزيادة تدخل في الباقي
وينقسم الباقي علي قيمة نصف الجارية وعلي قيمة الزيادة اثلاثا ولو قضى خمس مائة
ثم اعورت الجارية قبل ان يزيد الرهن ثم زاد عبدا قيمته الف قسم له مائتان وخمسون

بة

مقصودا صح

علي نصف نصف الجارية العورا وعلي الزيادة علي خمسة اسهم اربعة من ذلك في
الزيادة وسهم في الجارية العورا لانه لما قضي الراهن خمس مائة فرغ نصف الجارية
شايعا من الدين وبقي النصف الباقي في نصفها شايعا وذلك خمس مائة فاذا
اعورت فقد ذهب نصف ذلك النصف بما فيه من الدين وذلك مائتان
وخمسون وبقي مائتان وخمسون من الدين فيما لم يذهب من نصف الجارية
فاذا هلكت الزيادة تلحق هذا القدر فيقسم هذا القدر في الاصل والزيادة اخماسا
اربعة اخماسه وذلك مائتان في الزيادة وخمسه وذلك خمسون في الاصل والله
اعلم هذا اذا زاد وليس في الرهن نما فاما اذا كان فيه نما بان رهن جارية قيمتها
الف بالف فولدت ولدا يساوي الفا ثم زاد عبدا قيمته الف فالراهن لا يخلوا
اما ان زاد والام قايمة واما ان زاد بعد ما هلكت الام فان كانت قايمة فزادها لا
يخلوا من ان نجعله زيادة علي الولد او علي الام او عليهما جميعا او اطلق الزيادة ولم يسم
المزيد عليه انه الام او الولد فان جعله زيادة علي الولد فهو رهن مع الولد خاصة
ولا يدخل في حصة الام لان الاصل وقوع تصرف العاقل علي الوجه الذي اوقعه
وقد جعله زيادة علي الولد فيكون زيادة معه فيقسم الدين اولا علي الام والولد
علي قدر قيمتهما يعتبر قيمة الام يوم العقد وقيمة الولد يوم الفكاك لما بينا[2]
فيما تقدم وقيمة الزيادة يوم الزيادة وهي وقت قبضها لانها انما دخلت في الضمان
بالقبض فيعتبر يوم القبض ولو هلك الولد بعد الزيادة بطلت الزيادة لانه
اذا هلك جعل كان لم يكن اصلا وراسا فلم تتحقق الزيادة عليه لان الزيادة لا بد
لها من مزيد عليه فيتبين ان الزيادة لم تقع رهنا وان نجعله زيادة علي الام فهو علي ما
جعل لما ذكرنا ان الاصل اعتبار تصرف العاقل علي الوجه الذي باشره ولانه لو
اطلق الزيادة لوقعت علي الام فعند التقييد والتنصيص اولي واذا وقعت زيادة
علي الام جعل كانها موجودة وقت العقد فيقسم الدين علي قدر قيمتهما تعتبر
قيمة الاصل يوم العقد وقيمة الزيادة يوم القبض ثم ما اصاب الام يقسم عليها
وعلي ولدها علي اعتبار قيمة الام يوم العقد وقيمة الولد يوم الفكاك ولو مات
الولد او ازدادت قيمته او ولدت ولدا فالحكم في حق العبد الزيادة لا يتغير
ويقسم الدين اولا علي الجارية والعبد نصفين ثم ما اصاب الام يقسم عليها وعلي
ولدها فيعتبر زيادة الولد في حق الام ولا يعتبر في حق العبد سوا زاد بعد حدوث
الولد او قبله لان الولد في حق الزيادة وجوده وعدمه بمنزلة واحدة ولو هلكت
الام بعد الزيادة ذهب ما كان فيها من الدين وبقي الولد والزيادة بما فيهما بخلاف

[2] ثم ما اصاب الولد يقسم عليه وعلى العبد الزيادة على قدر قيمتهما ويعتبر قيمة الولد يوم الفكاك صح

ط قيمتها صح

ما اذا هلك الولد انه تبطل الزيادة لان بهلاك الام لا يتبين ان العقد لم يكن بل ينتهي
ويتقرر حكمه فهلاكها لا يوجب بطلان الزيادة بخلاف الولد لانه اذا هلك التحق
بالعدم من الاصل وجعل كان لم يكن فيتبين ان الزيادة لم تصح رهنا ولو هلك الولد
بعد الزيادة ذهب بغير شي لان الولد غير مضمون بالهلاك فاذا هلك جعل كان لم يكن
وجعل كان الزيادة وجدت ولا ولد للجارية[3] ان جعله زيادة علي الام والولد جميعا فالعبد
زيادة علي الام خاصة ولا عبرة للولد في حق الزيادة ولا يدخل في حصتها وانما يعتبر في
حق الام فيدخل في حصة الام والولد في حق الزيادة حال وجود الام كالعدم فلا تصح
الزيادة عليه حال قيام الام فيقسم الدين علي الاصل والعبد الزيادة باعتبار قيمتها
قيمة الاصل يوم العقد وقيمة الزيادة يوم الزيادة ثم يقسم ما اصاب الام قسمة
اخري بينها وبين ولدها علي اعتبار قيمتيهما يوم العقد ويوم الفكاك وكذلك
ان اطلق الزيادة ولم يسم الام ولا الولد فالزيادة رهن مع الام خاصة لان الزيادة
لا بد لها من مزيد عليه وكل واحد منهما علي الانفراد يصلح مزيدا عليه الا ان الام في
الرهن اصل والولد تابع فعند الاطلاق جعلها زيادة علي الاصل اولي واذا صارت
الزيادة رهنا مع الام يقسم الدين قسمتين علي نحو ما بينا والله اعلم هذا اذا كانت الام
قايمة وقت الزيادة فاما اذا هلكت ثم زاد فالعبد زيادة علي الولد فكانا جميعا
رهنا بخمس مائة يفتك الراهن كل واحد منهما بمائتين وخمسين لان الزيادة
تستدعي مزيدا عليه والها لكة خرج عن احتمال ذلك فتعين الولد مزيدا عليه
وقد ذهب نصف الدين بهلاك الام وبقي النصف وذلك خمس مائة فيقسم ذلك
علي الزيادة والولد علي قدر قيمتيهما ولو هلك الولد اخذ الراهن العبد بغير شي
لانه لما هلك فقد التحق بالعدم وجعل كانه لم يكن وعادت حصته الي الام وتبين
انها هلكت بجميع الدين فتبين ان الزيادة حصلت بعد سقوط الدين
فلم يصح ولو هلك العبد الزيادة بعد هلاك الولد في يد المرتهن هلك
امانة الا اذا منعه بعد الطلب لانه تبين انه لم يكن رهنا في الحقيقة لما
بينا فصار كما اذا رهن بدين ثم تصادقا علي ان لا دين ثم هلك الرهن انه
يهلك امانة لما قلنا كذا هنا الا اذا منع بعد الطلب لانه صار غاصبا بالمنع
فيلزمه ضمان الغصب والله اعلم واما قدر الضمان وكيفيته فالرهن لا
يخلوا اما ان يكون من جنس حق المرتهن واما ان يكون من خلاف فان كان
من خلاف جنسه لا يخلوا اما ان يكون شيا واحدا واما ان يكون اشيا فان
كان شيا واحدا يهلك بالاقل من قيمته ومن الدين وتفسيره اذا رهن عبدا

[3] وكذلك صح

م بيان صح

قدر الضمان وكيفيته

ط جنسه صح

قيمته الف بالف فهلك ذهب الدين كله وان كانت قيمة العبد الفين فهلك ذهب
كل الدين ايضا وفضل الرهن يهلك امانة وان كانت قيمته خمس مائة ذهب
من الدين خمس مائة ورجع المرتهن على الراهن بفضل الدين وهذا قول عامة
العلما وجماعة من الصحابة مثل عمر وابن مسعود وهو رواية عن علي رضي الله
عنهم ومنهم من قال انه يضمن بقيمته بالغة ما بلغت اي على المرتهن
قيمة الرهن وهكذا روي عن عمر رضي الله عنه ومنهم من قال انه مضمون
بالدين بالغا ما بلغ اي يذهب كل الدين قلت قيمة الرهن او كثرت
وهو مذهب شريح رحمه الله من التابعين وعن علي رضي الله عنه رواية اخرى
انه قال يترادان الفضل يعني ان كانت قيمة الرهن اكثر فللراهن ان يرجع
على المرتهن بفضل القيمة وان كانت قيمته اقل فللمرتهن ان يرجع على الراهن
بفضل الدين واختلافهم على هذا الوجه حجة على الشافعي في قوله ان المرهون
امانة لان اختلافهم في كيفية الضمان وقدره اتفاق منهم على كونه مضمونا
فانكار الضمان اصلا يرجع الى مخالفة الاجماع ثم الرجحان في كيفية الضمان
لقول عمر وابن مسعود لان المرهون مضمون عندنا بطريق الاستيفا لان
استيفا الدين بمثله صورة ومعنى او معنى لا صورة وان كانت قيمته اكثر
لا يتحقق الاستيفا الا في قدر الدين ولا تتحقق في الزيادة لان استيفا الاقل
من الاكثر يكون ربا واذا كانت قيمته اقل لا يمكن تحقيق الاستيفا الا
بقدر الدين لان استيفا الاكثر من الاقل لا يتصور هذا اذا كان الرهن
شيا واحدا فاما اذا كان شيا بان رهن عبدين او ثوبين او دابتين
ونحو ذلك فلا يخلو اما ان اطلق الرهن ولم يسم لكل واحد منهما شيا من
الدين واما ان قيد وسمى لكل واحد منهما قدرا معلوما من الدين فان اطلق
يقسم الدين عليهما على قدر قيمتهما وكان كل واحد منهما مضمونا بالاقل
من قيمة نفسه ومن حصته من الدين لان كل واحد منهما مرهون والمرهون
مضمون بالدين فلا بد من قسمة الدين على قيمتيهما ليعرف قدر ما في كل
واحد منهما من الضمان كما ينقسم الثمن عليهما في باب البيع باعتبار قيمتيهما
لمعرفة مقدار الثمن لان المرهون مضمون بالدين كالمبيع مضمون بالثمن وان قيد
كان كل واحد منهما مضمونا بالاقل من قيمته ومما سمي له لانه لما سمي وجب
اعتبار التسمية فينظر الى القدر المسمى لكل واحد منهما فايهما هلك يهلك
بالاقل من قيمته ومن القدر المسمى ~~لكل واحد منهما~~ كما في باب البيع اذا سمي لكل

قبض الرهن قبض استيفاء وتقرر الاستيفاء عند الهلاك فيتقرر الضمان فيه بقدر الاستيفاء فاذا كان قيمة الرهن مثل الدين امكن تحقيق الاستيفاء لان صح

واحد

واحد من المبيعين ثمنا انه ينقسم الثمن عليهما بالقدر المسمى كذا هذا والله اعلم
هذا اذا كان المرهون من خلاف جنس الدين وهلك في يد المرتهن فاما اذا كان
من جنسه بان رهن موزون بجنسه او مكيل بجنسه وهلك في يد المرتهن فقد
اختلف اصحابنا رحمهم الله فيه يهلك مضمونا بالدين باعتبار الوزن دون القدر
حتى لو كان وزن الرهن مثل وزن الدين وقيمته اقل منه فهلك يذهب
كل الدين عنده وعند ابي يوسف ومحمد يضمن القيمة من خلاف الجنس
على ما نذكر فمن اصل ابي حنيفة انه يعتبر الوزن دون القدر في الهلاك ومن
اصلهما انهما يعتبران الوزن فيما لا يتضرر به المرتهن واما فيما يتضرر
فيضمنان القدر من خلاف الجنس واما في الانكسار فابو حنيفة رحمه الله يضمن
القيمة وكذلك ابو يوسف عند الاستوا في الوزن والقيمة ولا يريان الجعل
بالدين اصلا ومحمد يجعل بالدين لكن عند الامكان بان لا يودي ذلك الى
الضرر بالراهن ولا بالمرتهن ولا يودي الى الربا فان ادى الى شي مما ذكرنا
فانه لا يجعل بالدين ايضا واذا كانت قيمة الرهن اكثر فابو يوسف يجعل
النقصان الحاصل بالانكسار شايعا في قدر الامانة والمضمون فما كان في
الامانة يذهب بغير شي وما كان في المضمون يضمن المرتهن قيمته ويملك
من الرهن بقدره ومحمد يصرف النقصان الى الزيادة واذا كثر النقصان
حتى انتقص من الدين يخير الراهن بين ان يفتكه وبين ان يجعله بالدين
ومن اصل ابي حنيفة رحمه الله يجوز الزيوف عن الجياد حتى لو اخذ صاحب الدين
الزيوف عن الجياد ولم يعلم به حتى هلكت عنده سقط دينه وكذا عند محمد
الا ان محمدا ترك اصله في الرهن وعند ابي يوسف لا يسقط بل يرد مثل ما
قبض وياخذ مثل حقه فمن اصلهما انه لا يجوز استيفا الزيوف عن الجياد
فهذه اصول المسايل واما تخريجها على هذه الاصول فنقول وبالله التوفيق
اذا كان الدين عشرة دراهم فرهن به قلب فضة فهلك او انكسر في يد
المرتهن فوزن القلب لا يخلو اما ان يكون مثل وزن الدين بان كان عشرة
واما ان يكون اقل من وزنه بان كان ثمانية واما ان يكون اكثر من وزنه
بان كان اثني عشر وكل وجه من هذه الوجوه يدخله الهلاك والانكسار
فان كان وزن القلب مثل وزن الدين عشرة فان كانت قيمته مثل وزنه
فهلك يهلك بالدين بلا خلاف لان في وزنه وقيمته وفا بالدين ولا ضرر
فيه باحد ولا فيه ربا فهلك بالدين على ما هو حكم الرهن عندنا وان انكسر

قال ابو حنيفة صح

استيفاء صح

وانتقص لا يجبر الراهن على الافتكاك بلا خلاف لانه لو افتكه اما ان يفتكه بجميع الدين
واما ان يسقط عنه شي من الدين بمقابلة النقصان لا سبيل الى الاول لان فيه ضررا
بالراهن لفوات حقه عن الجودة والصياغة من غير عوض ولا سبيل الى الثاني
لانه يودي الى الربا لان الدين والرهن مستويان في الوزن والجودة لا قيمة
لها شرعا عند مقابلتها بجنسها فكانت ملحقة بالعدم شرعا فيكون ايفا
عشرة بثمانية فيكون ربا فيخير ان شا افتكه بجميع الدين ورضي بالنقصان
وان شا ضمن المرتهن قيمته بالغة ما بلغت وكانت رهنا مكانه ويصير القلب
ملكا للمرتهن بالضمان وهذا قول ابي حنيفة وابي يوسف وقال محمد ان شا
افتكه بجميع الدين وان شا جعله بالدين ويصير ملكا للمرتهن بدينه وجه
قول محمد رحمه الله ان ضمان القيمة لا يناسب قبض الرهن لان ذلك موجب
قبض هو تعدي وقبض الرهن ماذون فيه فلا يناسب ضمان القيمة ويناسب
الجعل بالدين لانه قبض استيفا وفي الجعل بالدين تقرر الاستيفا وجه
قولهما ان جعل الرهن بالدين حال قيامه من اعمال الجاهلية جا الاسلام وابطله
بقوله لا يغلق الرهن والجعل بالدين غلق الرهن فكان باطلا وبه تبين ان ملك
الرهن بالدين لا يجوز ان يكون حكم هذا التصرف وان حكمه ملك اليد والحبس
لا ملك العين والرقبة واما ضمان القيمة فيصلح حكما له في الجملة الا ترى ان
محمدا رحمه الله يقول به عند تعذر الجعل بالدين على ما نذكر والله اعلم وان
كانت قيمته اقل من وزن الدين بان كانت ثمانية فهلك يهلك بجميع الدين
عند ابي حنيفة لانه يعتبر الوزن دون القيمة عند الهلاك وفي وزنه وفا بالدين
وعندهما لا يهلك بالدين ويضمن المرتهن قيمته من خلاف جنسه وجه
قولهما انه لو هلك بالدين اما ان يهلك بوزنه واما ان يهلك بقيمته لا سبيل الى
الاول لان فيه ضررا بالمرتهن ولا وجه للثاني لانه يودي الى الربا فيخير
المرتهن بين ان يرضى بسقوط الدين وبين ان يضمن قيمة الرهن من خلاف
جنسه فيكون رهنا مكانه ولابي حنيفة رحمه الله ان قبض الرهن قبض
استيفا والجيد والردي في الاستيفا على السوا لان استيفا الزيوف عن الجياد
جايز عنده وان انكسر فالراهن بالخيار ان شا افتكه بجميع الدين وان شا ضمن
المرتهن قيمته من خلاف جنسه بالاجماع وليس له خيار الجعل بالدين ها هنا بلا
خلاف واما على اصل ابي حنيفة وابي يوسف فلانهما لا يريان الجعل بالدين اصلا ومحمد
ان كان يرى ذلك لكن عند الامكان وها هنا لا يمكن لانه لو جعل بالدين باعتبار الوزن

يودي الى الضرر بالمرتهن حيث يصير الرهن الذي قيمته ثمانية بعشرة ولو جعل باعتبار
القيمة يودي الى الربا فمست الضرورة الى ضمان القيمة والله اعلم وان كانت
قيمته اكثر من وزنه بان كانت اثني عشر فهلك يهلك بالدين عند ابي حنيفة
رحمه الله اعتبارا للوزن وكذلك عند محمد رحمه الله لان الجودة ها هنا فضل
وكان امانة بمنزلة الفضل في الوزن واما على قول ابي يوسف فقيل يضمن المرتهن
قيمة خمسة اسداس القلب من الذهب ويرجع بدينه لان الجودة عنده مضمونة
وقيل يهلك بالدين عنده ايضا لانه يعتبر الوزن في الهلاك لا الجودة وانما
يعتبر الجودة في الانكسار وان انكسر فالراهن بالخيار عند ابي حنيفة ان شا
افتكه بالدين مع النقصان وان شا ضمنه قيمته من خلاف جنسه فتكون
رهنا مكانه لما ذكرنا فيما تقدم سوا كان النقصان الحاصل بالانكسار قدر درهم
بان عادت قيمته الى احد عشر او قدر درهمين بان عادت قيمته عشرة او
اكثر من ذلك بان صارت ثمانية وعند ابي يوسف ان شا افتكه بالدين وان شا
ضمن المرتهن خمسة القلب من خلاف جنسه فتصير خمسة اسداس الرهن (margin: اسداس صح)
ملكا للمرتهن بالضمان وسدس الرهن مع خمسة اسداس القيمة رهنا بالدين لان
من اصله ان يجعل قدر النقصان الحاصل بالانكسار شايعا في قدر الامانة والمضمون
والقدر الذي في الامانة يذهب بغير شي والقدر الذي في المضمون يضمن قيمته
فيصير ذلك القدر من الرهن ملكا له وعند محمد ينظر الى النقصان ان كان
قدر درهم او درهمين لا ضمان على المرتهن ويجبر الراهن على الافتكاك وان زاد على
ذلك يخير بين الافتكاك وبين الجعل بالدين كما لو كانت قيمته ووزنه سوا
لان من اصله انه يصرف النقصان الحاصل بالانكسار الى الجودة الزايدة الا
اذا كثر النقصان حتى عادت قيمته الى ثمانية وله ان يجعله بالدين ان شا وان
شا افتكه وقيل ان على قوله له ان يضمنه كما قال ابو حنيفة لما في الجعل بالدين
من اسقاط حقه عن الجودة والله اعلم هذا اذا كان وزن القلب مثل وزن الدين
عشرة فاما اذا كان اقل من وزنه ثمانية فان كانت قيمته مثل وزنه فهلك
يهلك بمثل وزنه من الدين وهو ثمانية بالاجماع وان انكسر فالراهن بالخيار
ان شا افتكه بالدين وان شا ضمن المرتهن قيمته من خلاف جنسه وكانت
رهنا والقلب للمرتهن بالضمان عند ابي حنيفة وابي يوسف رحمهما الله وعند
محمد ان شا افتكه بالدين وان شا جعله بمثل وزنه من الدين لما قلنا وان
كانت قيمته اقل من وزنه سبعة فهلك يهلك بثمانية في قول ابي حنيفة

اعتبار للوزن وعندهما يضمن قيمته من خلاف جنسه لما بينا وان انكسر ضمن القيمة
بالاجماع اما على قول ابي حنيفة وابي يوسف فلانهما لا يريان الجعل بالدين حال
قيام الرهن اصلا واما محمد ان كان يجيزه ولكن بشرطه انعدام الضرر وفي
الجعل بالدين ههنا ضرر بالمرتهن وان كان قيمته اكثر من وزنه وكانت تسعة
او كانت مثل الدين عشرة فهلك يهلك بقدر وزنه ثمانية عند ابي حنيفة
وعندهما يضمن القيمة لما ذكرنا وان كانت قيمته اكثر من الدين اثني عشر فهلك
يهلك بثمانية عند ابي حنيفة وعند ابي يوسف يضمن خمسة اسداس قيمته وان
انكسر فعند ابي حنيفة ان شاء افتكه بالدين وان شاء ضمنه جميع قيمته وكانت
القيمة رهنا والقلب ملكا للمرتهن وعند ابي يوسف يضمن خمسة اسداس قيمته
ويكون سدس القلب مع خمسة اسداس قيمته رهنا عنده بالدين وعند محمد
يصرف النقصان الى الحاصل بالانكسار الى الامانة اذ قل النقصان بان كان درهما
او درهمين ويخير الراهن على الافتكاك وان كان اكثر من ذلك يخير الراهن
بين الافتكاك والجعل بالدين والله اعلم هذا اذا كان وزن القلب اقل من وزن
الدين ثمانية فاما اذا كان اكثر من وزنه اثني عشر وان كانت قيمته مثل
وزنه اثني عشر فهلك سقط الدين والزيادة على الدين تهلك امانة بلا خلاف وان
انكسر ضمن خمسة اسداسه في قول ابي حنيفة وابي يوسف وعند محمد له ان
يجعل خمسة اسداسه بالدين وان كانت قيمته اقل من وزنه واكثر من
الدين بان كانت احدى عشر فهلك سقط الدين بخمسة اسداسه
والزيادة تهلك امانة عند ابي حنيفة ولا رواية عنهما في هذا الفصل وان
انكسر ضمن خمسة اسداس القلب عند ابي حنيفة لانه لا يعتبر الجودة ولا يرى
الجعل بالدين وعند ابي يوسف يجب ان يكون هكذا وكذلك عند محمد لتعذر
التمليك بالدين لما فيه من الضرر وان كانت قيمته مثل وزن الدين عشرة
فهلك يهلك خمسة اسداسه بالدين عند ابي حنيفة لانه يعتبر الوزن وعندهما
يضمن خمسة اسداسه ويرجع بحقه وان انكسر ضمن خمسة اسداسه
عند ابي حنيفة وعندهما يغرم جميع القيمة ولا يمكن الجعل بالدين عند محمد
لانه يودي الى الربا وان كانت قيمته اقل من الدين ثمانية فهلك ذهب خمسة
اسداسه بالدين في قول ابي حنيفة وان انكسر ضمن خمسة اسداسه وعندهما
يغرم القيمة في الحالين وان كانت قيمته خمسة عشر فهلك يهلك خمسة
اسداسه بالدين في قول ابي حنيفة وان انكسر ضمن خمسة اسداسه عند ابي حنيفة

بان لا يجيزان

وان انكسر ان شاء افتكه بالدين وان شاء ضمن القيمة بالاجماع صح

والله اعلم

والله اعلم ثم في كل موضع ضمن المرتهن بعض القلب وملك ذلك القدر بالضمان وصار
شريكا فيه فهذا شيوع طاري فعلى جواب ظاهر الرواية يقطع القلب فيكون الباقي مع
القيمة التي غرم رهنا لان الشيوع يمنع صحة الرهن مقارنا كان او طاريا وعلى
رواية ابي يوسف لا حاجة الى القطع لان الشيوع الطاري لا يمنع بقاء العقد على الصحة
والله اعلم واما الرهن الفاسد فلا حكم له حال قيام المرهون حتى لا يثبت للمرتهن
حق الحبس وللراهن ان يسترده منه فان منعه حتى هلك يضمن مثله ان كان له
مثل وقيمته ان لم يكن له مثل لانه صار غاصبا بالمنع والمغصوب مضمون على الغاصب
بالمثل او بالقيمة وان لم يوجد المنع من المرتهن حتى هلك في يده ذكر الكرخي انه
يهلك امانة لان الرهن اذا لم يصح كان القبض قبض امانة لانه قبض باذن المالك
فاشبه قبض الوديعة وحكى القاضي في شرحه مختصر الطحاوي انه ذكر في الجامع
الكبير ان كان الرهن محل الرهن الصحيح فاذا رهنه رهنا فاسدا فهلك في يد المرتهن
يهلك بالاقل من قيمته ومن الدين وكل ما ليس محل الرهن الصحيح لا يكون مضمونا
بالرهن الفاسد كالمدبر وام الولد وهذا يدل على ان الفساد ان كان لمعنى في المرهون
لا يكون مضمونا بل يكون امانة وان كان الفساد لمعنى في غيره يكون مضمونا ووجهه
ان المرهون مضمون بالقبض ولا فساد في القبض الا ان من شرط كون القبض
مضمونا ان يكون مالا مطلقا متقوما والا فلا والله اعلم فهذا الذي ذكرنا حكم هلاك
المرهون واما حكم استهلاكه فالمرهون لا يخلو اما ان كان من بني ادم من ساير
الاموال واما ان كان من غير بني ادم فاستهلكه اجنبي ضمن قيمته ان كان مما لا مثل
له ومثله ان كان مما له مثل كما اذا لم يكن مرهونا والمرتهن هو الخصم في تضمينه
وان كان الضمان رهنا لانه بدل المرهون ثم ان كان الضمان من جنس الدين والدين
حالا استوفاه بدينه وان كان الدين لم يحل حبسه رهنا مكانه وكذلك لو
استهلكه المرتهن لانه اتلف مالا مملوكا متقوما بغير اذن مالكه فيضمن مثله
او قيمته كما لو اتلفه اجنبي وكان رهنا مكانه وان استهلكه الراهن فان كان
الدين حالا يطالب بالدين لانه لا فائدة في المطالبة بالضمان فيطالب بالدين وان
كان لم يحل اخذ المرتهن منه الضمان وامسكه الى ان يحل الدين والله اعلم
واذا كان في الرهن نماء كاللبن والولد فاستهلكه المرتهن او الراهن او اجنبي
بان كان الرهن شاة قيمتها عشرة فحلبت او ولدت فعليه ضمانه اما وجوب الضمان
على الاجنبي والمرتهن فظاهر لان الزيادة ملك الراهن واتلاف مال الغير بغير
اذنه موجب للضمان واما وجوب الضمان على الراهن فلان المتلف وان كان

م كالمقبوض بالبيع الفاسد فان وجد الشرط يكون مضمونا صح

ط من العبد والامة واما ان كان من غير بني ادم صح

م بعشرة صح

مملوكا له لكن للمرتهن فيه حق قوي فيلتحق بالملك في حق وجوب الضمان واذا وجب
الضمان على المتلف كان الضمان مع الشاة رهنا عند المرتهن لانه بدل المرهون
فيقوم مقامه وان هلك الضمان لا يسقط شي من الدين لانه بدل ما ليس بمضمون
بالدين فكان حكمه حكم الاصل والاصل لو هلك يهلك بغير شي كذا البدل لانه
بدل ما ليس بمضمون وان هلكت الشاة سقطت حصتها من الدين لانها مرهونة
مضمونة فكانت مضمونة ويفتك الراهن ضمان الزيادة بقدرها من الدين لان
الزيادة تصير مقصودة بالفكاك فيصير لها حصة من الدين هذا اذا كان
الاستهلاك بغير اذن فاما اذا كان باذن بان قال الراهن احلب الشاه فما
حلبت فهو حلال لك او قال له كل هذا الحمل فحلب وشرب واكل يحل له ذلك
ولا ضمان عليه لان الزيادة ملك الراهن فصح اذنه بالاكل والشرب ولا يسقط
شي من دين المرتهن حتى لو جا الراهن يفتك الشاة يفتكها بجميع الدين
لان اتلاف المرتهن باذن الراهن مضاف الى الراهن كانه اتلفه بنفسه
ولو كان كذلك لكان لا يسقط شي من الدين وكان عليه ضمان المتلف كذا هذا
وان لم يفتكها حتى هلكت تهلك بحصتها من الدين فيقسم الدين عليها وعلى
لبنها وولدها على قدر قيمتها فما كان حصة الشاة يسقط وما كان حصة الزيادة
يبقى ويخاطب الراهن بقضايه لان فعل المرتهن لما كان مضافا الى الراهن كان
مضمونا عليه كانه فعل بنفسه فيصير للزيادة حصة من الدين فينظر الى
قيمة الزيادة فان كان فيها حصة كان فيها ثلث الدين وفي الشاه ثلثاها
فاذا هلكت الشاة ذهب ثلثا الدين وبقي الثلث وعلى الراهن قضاوه وكذلك
لو استهلكه اجنبي باذن الراهن والمرتهن فالجواب فيه وفي المرتهن اذا
استهلكه باذن الراهن سوا وقد ذكرناه والله اعلم ولو استهلكه الراهن
باذن المرتهن لا شي عليه لان الضمان لو وجب لوجب لحق المرتهن لا لحق نفسه
لانه ملكه وقد ابطل المرتهن حق نفسه بالاذن فلا يستحق الضمان وجعل كان
الزيادة هلكت بافة سماوية وبقيت الشاة رهنا بجميع الدين والله اعلم
وان كان المرهون من بني ادم فجني عليه فجملة الكلام في جنايات الرهن انها اقسام
ثلاثة جناية غير الرهن على الرهن وجناية الرهن على غير الرهن وجناية
الرهن على الراهن اما جناية غير الرهن على الرهن فلا يخلو اما ان كانت الجناية
في النفس واما ان كانت فيما دون النفس وكل ذلك لا يخلو من ان يكون
عمدًا او خطا او في معنى الخطا والجاني لا يخلو اما ان يكون عبدا او حرا فان كانت

بالهلاك صح

للمرتهن صح

في النفس عمدا والجاني حر فللراهن ان يقتص اذا اجتمعا على الاقتصاص في قول
ابي حنيفة رحمه الله وقال محمد ليس له الاقتصاص وان اجتمعا عليه وعن
ابي يوسف روايتان كذا ذكر الكرخي الاختلاف وذكر القاضي في شرحه مختصر
الطحاوي انه لا قصاص على قاتله وان اجتمع عليه الراهن والمرتهن ولم يذكر
الخلاف وجه قول محمد ان استيفا القصاص لا بد له من ولي والولي
هاهنا غير معلوم لان ملك العين والرقبة للراهن وملك اليد والحبس
للمرتهن فكان العبد مضافا الى الراهن من وجه والى المرتهن من وجه
فصار الولي مشتبها مجهولا وجهالة الولي تمنع استيفا القصاص كعبد المكاتب
اذا قتل عمدا انه لا يقتص من قاتله وان اجتمع عليه المكاتب والمكاتب لما
قلنا كذا هذا بخلاف العبد المشترك بين اثنين اذا قتل عمدا ان لهما الاقتصاص
اذا اجتمعا عليه لان هناك الولاية ثابتة لهما على الشركة لثبوت الملك
لكل واحد منهما في النصف من كل وجه فكان الولي معلوما فامكن القول
بوجوب القصاص لهما على الشركة لاستوايهما في الملك وجه قول
ابي حنيفة رحمه الله ان الملك للراهن من كل وجه وانما للمرتهن حق
الحبس فقط والملك سبب ثبوت الولاية فكان الولي معلومًا وكان ينبغي
ان لا تتوقف ولاية الاستيفا على رضى المرتهن الا انه يوقف لتعلق حقه
به فاذا رضي فقد زال المانع بخلاف عبد المكاتب لان الملك فيه للمولى
من وجه وللمكاتب من وجه فلم يكن الملك فيه ثابتا للمولى مطلقا ولا
للمكاتب مطلقا فاشتبه الولي فامتنع الاستيفا والله اعلم واذا اقتص القاتل
سقط الدين لان العبد انما كان رهنا من حيث انه مال وقد بطلت ماليته
بالقتل لا الى بدل اذ القصاص لا يصلح بدلا عن المالية فسقط الدين كما لو هلك
بنفسه هذا اذا اجتمعا على القصاص فاما اذا اختلفا لا يقتص من القاتل لانه
لا سبيل الى اثبات القصاص للمرتهن لفقد ملك الرقبة ولا للراهن لان في استيفا
ابطال حق المرتهن وهو الدين من غير رضاه وهذا لا يجوز وعلى القاتل قيمة
المقتول في ماله في ثلاث سنين وكانت القيمة رهنا ولو اختلفا وابطل
القاضي القصاص ثم قضى الراهن الدين فلا قصاص لانه حق المرتهن وان
بطل بالفكاك لكن بعد ما حكم القاضي ببطلان القصاص فلا يحتمل العود وان
كانت الجناية خطا او شبه عمد فعلى عاقلة القاتل قيمته في ثلاث سنين
يقبضها المرتهن فتكون رهنا لان العبد وان كان مضمونا من حيث انه ادمي

الدين صح

لا من حيث انه مال على اصل اصحابنا حتى لا تزداد ديته على دية الحر ولكنه مرهون
من حيث انه مال لا من حيث هو آدمي فجاز ان تقوم قيمته مقامه وتكون رهنا
عند المرتهن ثم ان كان الدين مؤجلا كانت في يده الى حل الاجل واذا حل فلو كانت
القيمة من جنس الدين استوفى الدين منها وان كان فضل رده على الراهن وان
كانت اقل استوفى منها من الدين بقدرها ورجع بالفضل على الراهن وان كانت
من خلاف جنس الدين حبسها في يده الى وقت الفكاك وان كان الدين حالا فالحكم
فيه وفيما اذا كان مؤجلا فحل سواء وقد بيناه وتعتبر قيمة العبد في ضمان
الاستهلاك يوم الاستهلاك وفي ضمان الرهن يوم القبض لان ضمان الاستهلاك
يجب بالاستهلاك وضمان الرهن يجب بالقبض فيعتبر حال وجود السبب
حتى لو كان الدين الف درهم وقيمة العبد يوم الرهن الفا فانتقصت خمسمائة
بالاستهلاك كانت هذه الدراهم رهنا بمثلها من الدين ويسقط الباقي من
الدين لانه يصير مستوفيا كل الدين بها ولا يجوز استيفاء اكثر من
خمسمائة بخمسمائة لما فيه من الربا وهذا بخلاف ما اذا قتله عبد اقل من
قيمته فدفع به لان الدفع لا يؤدي الى الربا لانه يجوز استيفاء كل الدين من هذا
العبد الا ترى انه لو باعه جاز وان كان لا يساويه فلم يكن فيه ربا وكذلك
لو قتله المرتهن يغرم قيمته والحكم فيه وفي الاجنبي سواء وقد ذكرناه ولو
قتله الراهن فهذا وما اذا كان الراهن من غير بني آدم سواء وقد ذكرنا ذلك
فيما تقدم هذا اذا كان الجاني حرا فاما اذا كان عبدا او امة يخاطب مولى
القاتل بالدفع او بالفداء بقيمة المقتول فان اختار الدفع فان كانت قيمة المدفوع مثل
قيمة المقتول او اكثر فالمدفوع رهن بجميع الدين ويجبر الراهن على الافتكاك
بلا خلاف وان كانت قيمته اقل من قيمة المقتول بان كانت قيمة المقتول
الفا والدين الفا وقيمة المدفوع مائة فهو رهن بجميع الدين ايضا ويجبر
الراهن على الافتكاك بجميع الدين كما كان يجبر على افتكاك العبد المقتول لو كان حيا
بجميع الدين في قول ابي حنيفة وابي يوسف وقال محمد ان لم يكن بقيمة القاتل
وفاء بقيمة المقتول فالراهن بالخيار ان شاء افتكه بجميع الدين وان شاء تركه
للمرتهن بدينه فمحمد رحمه الله مر على اصله في الجعل بالدين عند تعذر الجبر
على الافتكاك وهاهنا تعذر لما فيه من الضرر بالراهن ولابي حنيفة وابي يوسف
انه لما دفع الثاني بالاول قام مقام الاول لحما ودما والاول كان رهنا بجميع
الدين فكذا الثاني وكذلك لو كان العبد المرتهن نقص في السعر حتى صار

فيها صح

من الدين صح

اي بالبقية صح

قيمته وتراجعت الى خمسمائة فقتل غرم القاتل قيمته خمسمائة وسقط من الدين خمسمائة واذا غرم صح

كانت صح

وكان يجبر الراهن على الافتكاك بجميع الدين صح

يساوي

يساوي مائة درهم فقتله عبد يساوي مائة درهم فدفع به فهو على الاختلاف هذا اذا
اختار مولى القاتل الدفع فاما اذا اختار الفداء فانه يفديه بقيمة المقتول
وكانت القيمة رهنا عند المرتهن ثم ينظر ان كانت القيمة من جنس الدين
استوفى دينه منها وان كانت من خلاف الجنس حبسها رهنا حتى يستوفي
جميع دينه ويجبر الراهن على الافتكاك عند ابي حنيفة وابي يوسف وعند محمد
يخير الراهن بين الافتكاك بجميع الدين وبين الترك للمرتهن بالدين وقد
مرت المسألة هذا اذا كانت الجناية في النفس فاما اذا كانت فيما دون النفس
فان كان الجاني حرا يجب ارشه في ماله لا على عاقلته سواء كانت الجناية خطأ
او عمدا اما الوجوب في ماله فلان العاقلة لا تعقل ما دون النفس واما
التسوية بين العمد والخطأ فلان القصاص لا يجري بين الحر والعبد فيما دون
النفس فاستوى فيه العمد والخطأ في وجوب الارش وكان الارش رهنا
مع العبد لانه بدل جزء مرهون وان كان الجاني عبدا يخاطب مولاه بالدفع او
الفداء بارش الجناية فان اختار الفداء بالارش كان الارش مع المجني عليه
رهنا والخصومة في ذلك كله الى المرتهن لان حق الحبس له والجاني فوت الحبس عن بعض
اجزاء الرهن فله ان يقيم بدل الفائت مقامه رهنا والله اعلم هذا الذي ذكرنا حكم
جناية غير الراهن على الرهن واما حكم جناية الرهن على غير الرهن فجنايته لا تخلو
اما ان كانت على بني آدم واما ان كانت على غيره من سائر الاموال فان كانت
على بني آدم لا تخلو من ان تكون عمدا او خطأ او في معنى الخطأ فان كانت عمدا يقتص
منه كما اذا لم يكن رهنا لان ملك الراهن لا يمنع وجوب القصاص الا ترى انه
لا يمنع اذا لم يكن رهنا واذا لم يكن الملك مانعا فحق المرتهن اولى لانه دون الملك
سواء قتل اجنبيا او الراهن او المرتهن لان القصاص ضمان الدم ولا حق للمولى في
دمه بل هو اجنبي عنه وكذا للمرتهن من طريق الاولى اذ الثابت له الحق والحق
دون الملك فصارت جنايته على الراهن والمرتهن في حق القصاص وجنايته
على الاجنبي سواء واذا قتل قصاصا سقط الدين لان هلاكه حصل في ضمان
المرتهن فسقط دينه كما اذا هلك بنفسه والله اعلم هذا اذا كانت جنايته
عمدا فاما اذا كانت خطأ او ملحقة بالخطأ بان كانت شبه عمد او كانت عمدا
لكن القاتل ليس من اهل وجوب القصاص عليه بان كان صبيا او مجنونا او كانت
جنايته فيما دون النفس فانه يدفع او يفدي لان هذه الجنايات من العبيد والاماء
توجب الدفع والفداء فينظر ان كان العبد كله مضمونا بان كانت قيمته مثل الدين

هذا صح

وان اختار الدفع يكون الجاني مع المجني عليه رهنا صح

فيقيمه صح

او دونه نحو ان يكون قيمة العبد الفا والدين الفا وكان الفا وقيمة العبد خمس مائة يخاطب المرتهن اولا بالفدا لانه بالفداء يستبقي حق نفسه في الرهن بتطهيره عن الجناية من غير ان يسقط حق الراهن ولو بدئ بالراهن وخوطب بالدفع والفدا على ما هو حكم الشرع فربما يختار الدفع فيبطل حق المرتهن ويسقط دينه فكان البداية بخطاب المرتهن بالفدا اولى واذا فداه بالارش فقد استخلصه واستصفاه عن الجناية وصار كانه لم يجن اصلا فبقي رهنا كما كان ولا يرجع بشي مما فدا على الراهن لانه فدى ملك الغير بغير اذنه فكان متبرعا فيه فلا يملك الرجوع كما لو فداه اجنبي ولانه بالفدا اصلح الرهن باختياره واستبقى حق نفسه فكان عاملا لنفسه بالفدا فلا يرجع على غيره وليس له ان يدفع لان الدفع لمن يملك الرقبة وهو لا يملك رقبته وان ابى المرتهن ان يفدي يخاطب الراهن بالدفع او الفدا لان الاصل في الخطاب هو الراهن لان الملك له وانما بدئ بالمرتهن بخطاب الفدا صيانة لحقه فاذا ابى عاد الامر الى الاصل فان اختار الدفع بطل الرهن وسقط الدين اما بطلان الرهن فلان العبد زال عن ملكه بالدفع لا الى خلف فخرج عن كونه رهنا واما سقوط الدين فلان استحقاق البر والحصل بمعنى في ضمان المرتهن فصار كانه هلك في يده وكذلك ان اختار الفدا لانه صار قاضيا بما فدى دين المرتهن لان الفدا على المرتهن لحصول الجناية في ضمانه الا انه لما ابى الفدا والراهن محتاج الى استخلاص عبده ولا يمكنه ذلك الا بالفدا فكان مضطرا في الفدا فلم يكن متبرعا فكان له ان يرجع على المرتهن بما فدا وله على الراهن مثل فيصير قصاصا به واذا صار قاضيا دين المرتهن ينظر الى ما فدى والى قيمة العبد فان كان الفدا مثل الدين وقيمة العبد مثل الدين او اكثر سقط من الدين بقدر الفدا وحبس العبد مرهونا بالباقي وان كان الفدا قدر الدين او اكثر وقيمة العبد اقل من الدين يسقط من الدين قدر قيمة العبد ولا يسقط الاكثر منها لانه لو هلك العبد لا يسقط من الدين اكثر من قيمة العبد فكذا عند الفدا وان كان العبد بعضه مضمونا والبعض امانة بان كانت قيمة العبد الفين والدين الفا فالفدا عليهما جميعا لان نصفه مضمون ونصفه امانة وكان فدا نصف المضمون على المرتهن وفدا نصف الامانة على الراهن فيخاطبان جميعا بالدفع او الفدا والمعنى من خطاب الدفع في جانب المرتهن الرضا بالدفع لا فعل الدفع لان فعل الدفع ليس اليه ثم اذا خوطبا بذلك لا يخلو اما ان اجتمعا على الدفع واما ان اجتمعا على الفدا واما ان اختلفا فاختار احدهما الدفع والاخر الفدا والحال لا يخلو اما ان كانا حاضرين واما ان كان

احدهما

بالفداء صح

تما فدا صح
والى الدين صح

احدهما غايبا فان كانا حاضرين واجتمعا على الدفع ودفعا سقط دين المرتهن لان الدفع بمنزلة الهلاك وان اجتمعا على الفدا فدا كل واحد منهما بنصف الارش واذا فديا طهرت رقبة العبد عن الجناية وبقي رهنا كما كان وكان كل واحد منهما متبرعا حتى لا يرجع على صاحبه بما فدى لان كل واحد منهما ادى ما عليه وكان مودبا عن نفسه لا عن صاحبه وان اختلفا فاراد احدهما الفدا والاخر الدفع فايهما اختار الفدا فاختياره اولى اما المرتهن فلانه بالفدا يستبقي حق نفسه ولا يسقط حق الراهن والراهن بالدفع يسقط حق المرتهن فكان اختيار المرتهن اولى واما الراهن فلانه يستبقي ملك الرقبة بالفدا والمرتهن باختيار الدفع يريد اسقاط دينه وابطال ملك الراهن فلم يكن له في اختيار الدفع نفعا بل كان سفها محضا وتعنتا باردا فلا يلتفت اليه وكان للراهن ان يفدي ثم ايهما اختار الفدا فدى العبد بجميع الارش ولا يملك الاخر دفعه ثم ينظر ان كان الذي اختار الدفع هو المرتهن ففدى بجميع الارش بقي العبد رهنا كما كان لانه ظهرت رقبته عن الجناية بالفدا فصار كانه لم يجن ورجع المرتهن على الراهن بدينه وهل يرجع عليه بحصة الامانة ذكر الكرخي فيه روايتين في رواية لا يرجع بل يكون متبرعا وفي رواية يرجع وذكر القاضي في شرحه مختصر الطحاوي انه لا يرجع الا بدينه خاصة ولم يذكر اختلاف الرواية وجه الرواية الاولى انه التزم الفدا باختياره مع قدرته انه لا يلتزم لانه لو لم يلتزم لخوطب الراهن فكان متبرعا فيه فلا يملك الرجوع وجه الرواية الاخرى ان المرتهن محتاج الى اصلاح قدر المضمون منه ولا يمكنه ذلك الا باصلاح قدر الامانة فكان مضطرا فلم يكن متبرعا وان كان الذي اختار الفدا هو الراهن ففداه بجميع الارش لا يكون متبرعا بل يكون قاضيا بنصف الفدا دين المرتهن ثم ينظر ان كان نصف الفدا مثل كل الدين سقط الدين كله وان كان اقل منه سقط من الدين بقدره ورجع بالفضل على الراهن ويحبسه رهنا به هذا اذا كانا حاضرين فاما اذا كان الحاضر احدهما فليس له ولاية الدفع ايهما كان سوا كان هو المرتهن او الراهن اما المرتهن فلا شك انه لا ملك له في العبد اصلا والدفع تمليك فلا يتصور بدون الملك واما الراهن فلان الدفع اسقاط حق المرتهن وله ولاية الفدا بجميع الارش لا يكون متبرعا في نصف الفدا عند ابي حنيفة رحمه الله وله ان يرجع على الراهن بدينه وبنصف الفدا لكنه يحبس رهنا بالدين وله ان يحبسه رهنا بنصف الفدا بعد قضا الدين وعند ابي يوسف ومحمد كان المرتهن متبرعا بنصف الفدا فلا يرجع على الراهن الا بدينه خاصة

تهن

وان كان الحاضر هو المرتهن ففدا بجميع الارش صح

كما لو فداه بحضرة الراهن فهما سويا بين الغيبة والحضرة وجعلاه متبرعا في الحالين
جميعا وابو حنيفة رحمه الله فرق بين حالة الحضرة والغيبة فجعله متبرعا في
الحضرة لا في الغيبة وان كان الحاضر هو الراهن ففداه بجميع الارش لا يكون متبرعا
في نصف الفدا بالاجماع بل يكون قاضيا بنصف الفدا دين المرتهن كما لو فداه
الراهن بحضرة المرتهن وجه قولهما ان المرتهن فدا ملك الغير بغير اذنه
وكان متبرعا كما لو فداه اجنبي ولهذا كان متبرعا في حالة الحضرة كما في الغيبة
ولابي حنيفة رحمه الله انه في حالة الحضرة التزم الفدا باختياره مع امكان خطاب
الراهن وكان متبرعا والخطاب لا يمكن حالة الغيبة وهو يحتاج الى اصلاح قدر
المضمون ولا يمكنه ذلك الا باصلاح قدر الامانة وكان مضطرا فلم يكن متبرعا
هذا اذا جنى الرهن على اجنبي فاما اذا جنى على الراهن او المرتهن اما جنايته
على نفس الراهن جناية موجبة للمال او على ماله فهدر لان العبد ملكه والمولى لا
يجب له على عبده دين بخلاف جناية العبد المغصوب على المغصوب منه او على
ماله على اصل ابي حنيفة رحمه الله انها معتبرة لان المضمونات تملك عند اداء الضمان
من وقت الغصب فيتبين ان تلك الجناية لم تكن جناية العبد على مولاه اما جنايته على
نفس المرتهن فهدر عند ابي حنيفة رحمه الله وعند ابي يوسف معتبرة يدفع
او يفدي ان رضي المرتهن ويبطل الدين وان قال المرتهن لا اطلب الجناية لما
في الدفع او الفدا من سقوط حقي فله ذلك وبطلت الجناية والعبد رهن
على حاله هكذا اطلق الكرخي وذكر القاضي في شرحه مختصر الطحاوي وفصل
فقال ان كان العبد كله مضمونا بالدين فهو على الاختلاف وان كان بعضه مضمونا
وبعضه امانة فجنايته معتبرة بالاتفاق فيقال للراهن ان شئت فادفع
وان شئت فافد فان دفعه وقبل المرتهن بطل الدين كله وصار العبد كله
للمرتهن وان اختار الفدا فنصف الفدا على الراهن ونصفه على المرتهن فما
كان حصة المرتهن يبطل وما كان حصة الراهن يفدي والعبد رهن على
حاله واختلافهم في جناية الرهن على المرتهن نظير اختلافهم في جناية
عبد الغصب على الغاصب انها هدر عند ابي حنيفة وعندهما معتبرة وجه
قولهما ان هذه جناية وردت على غير المالك فكانت معتبرة كما اذا وردت
على اجنبي وهذا لان الاصل في الجنايات اعتبارها وسقوط الاعتبار لمكان عدم
الفايدة وهاهنا في اعتبار هذه الجناية فايدة لان موجبها الدفع وله فيه فايدة
وهو الوصول الى ملك العبد وان كان فيه سقوط دينه ولابي حنيفة رحمه الله ان

هذه

76

هذه الجناية وردت على غير المالك لكنها وجدت في ضمان المرتهن فورودها على غير
المالك ان كان يقتضي ان تكون معتبرة فوجودها في ضمان المرتهن يقتضي ان لا
تعتبر لانها توجب الفدا عليه وذلك غير ممكن لما فيه من ايجاب الضمان عليه له
وانه محال فوقع الشك والاحتمال في اعتبارها فلا تعتبر هذا اذا جنى على نفس
المرتهن واما اذا جنى على ماله فان كانت قيمته والدين سوا وليس في قيمته
فضل فجنايته هدر بالاجماع لانه لا فايدة في اعتبار هذه الجناية اذ ليس حكمها
وجوب الدفع الى المرتهن ليملكه بل تعلق الدين برقبته فلو بيع واخذ بثمنه
لسقط دينه فلم يكن في اعتبار هذه الجناية فايدة فلا تعتبر وان كانت قيمته
اكثر من الدين فعن ابي حنيفة روايتان في رواية تعتبر الجناية في قدر الامانة
وفي رواية لا يثبت حكم الجناية اصلا وجه الرواية الاولى ان المانع من الاعتبار
كون العبد في ضمان المرتهن وقدر الامانة وهو الفضل على الدين ليس في ضمانه
فامكن اعتبار الجناية في ذلك القدر فلزم اعتبارها وجه الرواية الاخرى ان ذلك
القدر وان لم يكن مضمونا فهو في حكم المضمون لثبوت حكم الرهن فيه وهو الحبس
فيمنع الاعتبار واما جناية الرهن على ابن الراهن او على ابن المرتهن فلا شك انها
معتبرة لان المانع من الاعتبار في حق الراهن هو كون العبد مملوكا له وفي حق المرتهن
كونه في ضمانه ولم يوجد شي من ذلك هاهنا فكانت جنايته عليه وعلى الاجنبي سوا
والله اعلم هذا الذي ذكرنا حكم جناية الرهن فاما حكم جناية ولد
الرهن بان قتل انسانا خطا فحكمه انه لا يجب شي على المرتهن ويخاطب المولى بالدفع
او الفدا اما عدم وجوب الفدا على المرتهن فلان خطابه بالفدا مع انه ليس ملكه
لحصول الجناية من الرهن في ضمانه ولم يوجد في الولد لانه ليس بمضمون الا ترى
لو هلك يهلك بغير شي واما خطاب المولى بالدفع او الفدا فلان الملك له فان
دفعه خرج الولد عن الرهن ولم يسقط شي من الدين اما خروجه عن الرهن
فلزوال ملك الراهن عنه فيخرج عن الرهن كما لو هلك واما عدم سقوط شي من
الدين فلكونه غير مضمون بالهلاك بخلاف الام ولو فدى فهو رهن مع الام على حاله
فان اختار الراهن الدفع فقال له المرتهن انا افدي فله ذلك لان الولد مرهون
وان لم يكن مضمونا الا ترى ان الحكم الاصلي للرهن ثابت فيه وهو حق الحبس وكان له
الفدا منه اصلاحا للرهن وكان له ذلك والله اعلم هذا الذي ذكرنا حكم جناية الرهن
على بني ادم واما جنايته على ساير الاموال بان استهلك مالا يستغرق رقبته
فحكمها وحكم جناية غير الرهن سوا وهو تعلق الدين برقبته يباع فيه الا اذا قضى

الراهن او المرتهن دينه فاذا قضاه احدهما فالحكم فيه والحكم فيما ذكرنا من الفدا من
جنايته على بني ادم سوا وهو انه ان قضى المرتهن الدين بقي دينه وبقي العبد رهنا
على حاله لانه بالفدا استفرغ رقبة العبد عن الدين واستصفاها عنه فيبقى رهنا
بدينه كما كان كما لو فداه عن الجناية وان ابى المرتهن ان يقضي وقضاه الراهن
بطل دين المرتهن لما ذكرنا في الفدا من الجناية فان امتنعا عن قضاء دينه بيع العبد
بالدين ويقضي دين الغريم من ثمنه لان دين العبد مقدم على حق المرتهن الا ترى
انه مقدم على حق المولى فعلى حق المرتهن اولى لانه دونه ثم اذا بيع العبد وقضي
دين الغريم من ثمنه فثمنه لا يخلو اما ان يكون فيه وفا بدين الغريم واما ان لم يكن
فيه وفا به فان كان فيه وفا بدينه فدينه لا يخلو اما ان يكون مثل دين المرتهن
واما ان يكون اكثر منه واما ان يكون اقل منه فان كان مثله او اكثر منه يسقط
دين المرتهن كله لان العبد زال عن ملك الراهن بسبب وجد في ضمان المرتهن
فصار كانه هلك وما فضل من ثمن العبد يكون للراهن لانه بدل ملكه لاحق
لاحد فيه فيكون له خاصة وان كان اقل منه يسقط من دين المرتهن بقدره وما
فضل من ثمن العبد يكون رهنا عند المرتهن بما بقي لانه لا دين فيه فيبقى رهنا
ثم ان كان الدين قد حل اخذه بدينه ان كان من جنس حقه وان كان من خلاف
جنس حقه امسكه الى ان يستوفي حقه وان كان الدين لم يحل امسكه بما بقي من
دينه الى ان يحل هذا اذا كان كل العبد مضمونا بالدين فاما اذا كان نصفه مضمونا
ونصفه امانة لا يصرف الفاضل كله الى المرتهن بل يصرف نصفه الى المرتهن
ونصفه الى الراهن لان قدر الامانة لا دين فيه فيصرف ذلك الى الراهن وكذلك
ان كان قدر الامانة والمضمون فيه على التفاضل يصرف الفضل اليهما على قدر
تفاوت المضمون والامانة لما قلنا وان لم يكن في ثمن العبد وفا بدين الغريم اخذ
الغريم ثمنه وما بقي من دينه يتاخر الى ما بعد العتاق ولا يرجع به على احد لانه
لم يوجد سبب وجوب الضمان من احد مما وجد منه وحكمه تعلق الدين برقبته
واستيفا الدين منها فاذا لم تف رقبته بالدين تاخر ما بقي الى ما بعد العتق
واذا اعتق وادى الباقي لا يرجع بما ادى على احد لانه وجب عليه بفعله فلا يرجع
على غيره وكذلك حكم جناية ولد الرهن على ساير الاموال وحكم جناية الام سوا في
انه يتعلق الدين برقبته كما في الام الا ان هاهنا لا يخاطب المرتهن بقضا دين الغريم
لان سبب وجوب الدين لم يوجد في ضمان المرتهن ولان الولد ليس بمضمون
بخلاف الام بل يخاطب الراهن بين ان يبيع الولد بالدين وبين ان يستخلصه بقضا

حكمه صح

يباع فيه صح

الدين

الدين فان قضى الدين بقي الولد رهنا وان بيع بالدين لا يسقط شي من دين المرتهن
لانه ليس بمضمون بخلاف الام والله اعلم هذا الذي ذكرنا حكم جناية غير الرهن على الرهن
وحكم جناية الرهن على غير الرهن واما حكم جناية الرهن على الرهن فنقول وبالله
التوفيق جناية الرهن على الرهن نوعان جناية على الرهن نفسه وجنايته على جنسه
اما جنايته على نفسه فهي والهلاك بافة سماوية سوا ثم ينظر ان كان العبد
كله مضمونا يسقط من الدين بقدر النقصان وان كان بعضه مضمونا وبعضه امانة
يسقط من الدين قدر ما انتقص من المضمون لا من الامانة والله اعلم واما جنايته
على جنسه فعلى ضربين ايضا جناية بني ادم على جنسه وجناية البهيمة على جنسها
وعلى غير جنسها اما جناية بني ادم على جنسه بان كان الرهن عبدين فجنى احدهما
على الاخر فالعبد لا يخلو اما ان كانا رهنا في صفقة واحدة فجنى احدهما على صاحبه
فجنايته لا تخلو من اربعة اقسام جناية المشغول على المشغول وجناية المشغول على
الفارغ وجناية الفارغ على الفارغ وجناية الفارغ على المشغول والكل هدر الا
واحد وهي جناية الفارغ على المشغول فانها معتبرة ويتحول ما في المشغول من
الى الفارغ ويكون رهنا مكانه اما جناية المشغول على المشغول فلانها لو اعتبر
اما ان تعتبر لحق المولى اعني الراهن واما ان تعتبر لحق المرتهن ولا اعتبار لحق
الراهن لا سبيل اليه في الفصول كلها لان كل واحد منهما ملكه وجناية المملوك على
المملوك ساقط الاعتبار لحق المالك لان اعتبارها في حقه لوجوب الدفع عليه او
الفدا له وايجاب شي على الانسان لنفسه ممتنع ولهذا لا يجب للمولى على عبده دين ولا
سبيل الى اعتبار جناية المشغول على المشغول لحق المرتهن لان الاعتبار لحقه يتحول
ما في المجني عليه من الدين الى الجاني والجاني مشغول بدين نفسه والمشغول بنفسه
لا يشتغل بغيره وكذلك جناية المشغول على الفارغ لما قلنا واما جناية الفارغ
على الفارغ فلانها لا دين في الفارغ ليتحول الى الجاني فلا يفيد اعتبارها في حقه
واما جناية الفارغ على المشغول يمكن الاعتبار لحقه بتحول ما فيه من الدين الى
الفارغ وبيان هذه الجملة في مسايل اذا كان الدين الفين والرهن عبدين يساوي
كل واحد منهما الفا فقتل احدهما صاحبه او جنى عليه فيما دون النفس مما قل ارشها
او كثر فجنايته هدر ويسقط الدين الذي كان في المجني عليه بقدره ولا يتحول
قدر ما سقط الى الجاني لان كل واحد منهما مشغول كله بالدين وجناية المشغول
على المشغول هدر فجعل كان المجني عليه هلك بافة سماوية ولو كان الدين الفا فقتل
احدهما صاحبه فلا دفع ولا فدا وكان القاتل رهنا بسبع ماية وخمسين لان في كل واحد

كما كان صح

واما ان كانا رهنا في صفقتين فان كانا رهنا في صفقة واحدة صح

الدين

منهما من الدين خمس مائة وكان نصف كل واحد منهما فارغا ونصفه مشغولا فاذا قتل
احدهما صاحبه فقد جنى كل واحد من نصفي القاتل على النصف المشغول والنصف
الفارغ من المجني عليه وجناية قدر المشغول على المشغول وقدر المشغول على
الفارغ وقدر الفارغ على الفارغ هدر لما بينا فيسقط ما كان فيه شي من الدين
ولا يتحول الى الجاني وجناية قدر الفارغ على قدر المشغول معتبرة فيتحول قدر
ما كان فيه الى الجاني وذلك مائتان وخمسون وقد كان في الجاني خمس مائة فيبقى
رهنا بسبع مائة وخمسين ولو فقأ احدهما عين صاحبه تحول نصف ما كان
من الدين في العين الى الفاقي فيصير الفاقي رهنا بستمائة وخمسة وعشرين
ويبقى المفقوة عينه رهنا بمائتين وخمسين لان العبد الفاقي جنى على نصف العبد
الاخر لان العين من الادمي نصفه الا ان ذلك النصف نصفه مشغول بالدين
ونصفه فارغ الا ان جناية المشغول على قدر المشغول والفارغ وجناية الفارغ
على قدر الفارغ والمشغول على قدر الفارغ هدر وجناية الفارغ على قدر المشغول
معتبرة فيتحول قدر ما كان في المشغول من الدين الى الفاقي وذلك مائة وخمسة
وعشرون وقد كان في الفاقي خمس مائة فيصير الفاقي رهنا بستمائة وخمسة
وعشرين ويبقى المفقوة عينه رهنا بمائتين وخمسين لانعدام ورود الجناية
على ذلك النصف والله اعلم وان كان العبدان رهنا في صفقتين فان كان فيهما فضل
على الدين بان كان الدين الفا وقدر كل واحد منهما الفا فقتل احدهما الاخر
تعتبر الجناية هاهنا بخلاف الفصل الاول لان الصفقة اذا تفرقت صار بمنزلة ما لو
رهن كل واحد منهما رجل على حدة فجنى احدهما على الاخر وهناك يثبت حكم الجناية
كذا هاهنا بخلاف ما اذا اتحدت الصفقة واذا اعتبرت الجناية هاهنا يخير
الراهن والمرتهن فان شاا جعلا القاتل مكان المقتول من الدين وان شاا افديا
القاتل بقيمة المقتول فيكون رهنا مكان المقتول والقاتل على حاله وان لم يكن
فيهما فضل على الدين بان كان الدين الفين وقيمة كل واحد منهما الفا فقتل احدهما
الاخر فان دفعا بالجناية قام المدفوع مقام المقتول ويبطل الدين الذي كان في
القاتل وان فالا نفدي فالفدا كله على المرتهن بخلاف الفصل الاول لان هناك
كل واحد منهما ليس بمضمون كله بل بعضه وهاهنا كل واحد منهما مضمون كله
فاذا احل الدين دفع الراهن الفا واخذ عبده وكانت الالف الاخرى قصاصا بتلك
الالف اذا كان مثله والله اعلم ولو فقا احدهما عين الاخر قيل لهما ادفعاه او افدياه
فان دفعا بطل ما كان فيه من الدين وان فديا كان الفدا عليهما نصفين وكان الفدا

رهنا

فيبطل ما كان في المقتول رهن صح

رهنا مع المفقوء عينه لان الجناية معتبرة لما ذكرنا فصار كعبد الرهن اذا جنى على عبد اجنبي
فان قال الراهن انا افدي ولكني ادع الرهن على حاله فله ذلك وكان الفاقي رهنا مكا
على حاله وقد ذهب نصف ما كان في المفقو من الدين لان اعتبار الجناية انما كان لحق
المرتهن لا لحق الراهن فاذا رضي المرتهن بهدر الجناية صار هدرا وان قال الراهن
انا افدي وقال المرتهن لا افدي كان للراهن ان يفديه وهذا اذا طلب المرتهن
حكم الجناية فحكمها التخيير وان ابى الراهن الفدا وقال المرتهن انا افدي والراهن
حاضر او غايب فهو على ما بينا في العبد الواحد والله اعلم واما جناية البهيمة على
جنسها فهو هدر لما روي عن النبي صلى الله عليه وسلم انه قال جرح العجما جبار اي
هدر والعجما البهيمة والجناية اذا اهدرت سقط اعتبارها وصار الهلاك بها
والهلاك بافة سماوية سوا وكذلك جنايتها على خلاف جنسها هدر لعموم الحديث
واما جناية بني ادم عليها فحكمها وحكم جنايته على ساير بني ادم وعلى ساير الاموال
سوا وقد بينا والله اعلم **فصل** واما بيان ما يخرج به المرهون عن كونه مرهونا
ويبطل الرهن بالاقالة لانها فسخ العقد ونقضه والشي لا يبقى مع ما ينقضه الا انه
لا يبطل بنفس الاقالة من العاقدين ما لم يرد المرتهن الرهن على الراهن بعد الاقالة حتى
كان للمرتهن حبسه بعد الاقالة لان العقد لا ينعقد في حق الحكم بدون القبض فلا
يتم فسخه بدون فسخه ايضا وفسخه بالرد وعلى هذا يخرج ما اذا رهن عبدا يساوي
الفا بالف فقبضه المرتهن ثم جا الراهن بجارية وقال للمرتهن خذها مكان
الاول ورد العبد الي لا شك ان هذا جايز لان هذا اقالة العقد في الاول وانشا
العقد في الثاني وهما يملكان ذلك الا انه لا يخرج الاول عن ضمان الرهن الا بالرد
على الراهن حتى لو هلك في يده يهلك بالدين لما ذكرنا ان القبض في هذا الباب
يجري مجرى الركن حيث لا يثبت الضمان بدونه فلا يتم الفسخ بدون نقض القبض
وكذا لا يدخل الثاني في الضمان الا برد الاول حتى لو هلك الثاني في يده قبل رد الاول يهلك
امانة لان الراهن لم يرض برهنهما على الجميع وانما رضي برهن احدهما حيث رهن
الثاني وطلب رد الاول والاول كان مضمونا بالقبض فما لم يخرج عن كونه مضمونا
بنقض القبض فيه لا يدخل الثاني في الضمان ولو هلكا جميعا في يد المرتهن سقط
الدين بهلاك العبد وهلكت الجارية بغير شي لانها امانة هلكت في يده فهلكت
هلاك الامانات ولو قبض الراهن العبد وسلم الجارية خرج العبد عن الضمان
لانه خرج عن كونه مرهونا وصارت الجارية مرهونة حتى لو هلكت تهلك بالدين
الذي كان العبد مرهونا به والعبد كان مضمونا بذلك الدين فكذا الجارية فان كانت قيمة

لانه اذا طلب حكم الجناية صح

ويبطل به عقد الرهن وما لا يخرج وما لا يبطل فنقول وبالله التوفيق يخرج المرهون عن كونه مرهونا صح

لانه رهنها بالدين صح

العبد خمس مائة وهو رهن بالف وقيمة الجارية الف فهلكت تهلك بالالف لانه رهن
الجارية بعقد على حدة وكانت رهنا ابتدا الا ان شرط كونه مضمونا رد الاول
لانه لم يرض برهنهما جميعا الا ان يكون الثاني بدل الاول بل هو مقصود بنفسه
في كونه رهنا وكان المضمون قدر قيمته لا قدر قيمة الاول ولو كانت قيمة العبد
الفا وقيمة الجارية خمس مائة فرد العبد على الراهن وقبض الجارية فهي رهن
بالف ولكنها ان هلكت تهلك بخمس مائة لما ذكرنا ان الثاني اصل بنفسه لكونه مرهونا
بعقد على حدة فيعتبر في الضمان قدر قيمته والله اعلم ولا يخرج باستيفا الدين
حتى لو هلك في يد المرتهن بعد ما استوفى فعليه رد ما استوفى ويخرج بالابرا
عن الدين عند اصحابنا الثلاثة ويبطل الرهن خلافا لزفر والمسئلة قد مرت في
موضع اخر من هذا الكتاب ولا يخرج بالاعارة ويخرج بالاجارة بان اجره الراهن من
اجنبي باذن المرتهن او المرتهن باذن الراهن او استاجره المرتهن ويبطل الرهن
وقد ذكرنا الفرق بينهما فيما تقدم ويخرج بالكتابة والهبة والصدقة اذا فعل
احدهما باذن صاحبه ويخرج بالبيع بان باعه الراهن او المرتهن باذن الاخر
او باعه العدل لان ملك المرهون قد زال بالبيع ولكن لا يبطل الرهن لانه زال
الى خلف وهو الثمن فيبقى العقد عليه وكذا في كل موضع خرج واخلف بدلا فيخرج
بالاعتاق اذا كان المعتق موسرا بالاتفاق وان كان معسرا فكذلك عندنا وعند
الشافعي لا يخرج بنا على ان الاعتاق نافذ عندنا وعنده لا ينفذ وجه قوله
ان هذا الاعتاق تضمن ابطال حق المرتهن ولا شك انه تضمن ابطال حقه لان
حقه متعلق ويبطل بالاعتاق وعصمة حقه تمنع من الابطال ولهذا لم ينفذ
البيع كذا الاعتاق بخلاف ما اذا كان الراهن موسرا لان هناك لم يوجد الابطال
لانه يمكنه الوصول الى دينه للحال من جهة الراهن ولنا ان اعتاقه صادف
مرقوقا هو مملوكه رقبة فينفذ كاعتاق الابق والمستاجر ودلالة الوصف
ظاهرة لان المرهون مملوك للراهن عينا ورقبة ان لم يكن مملوكه يدا وحبسا وملك
الرقبة يكفي لنفاذ الاعتاق كما في اعتاق العبد المستاجر والابق قوله يبطل
حق المرتهن قلنا نعم لكن ضرورة بطلان ملك الراهن وذا لا يمنع النفاذ كما في موضع
الاجماع معما ان الثابت حقيقة الملك والثابت للمرتهن حق الحبس ولا شك ان
اعتبار الحقيقة اولى لانها اقوى بخلاف البيع لان نفاذه يعتمد قيام ملك الرقبة واليد
جميعا لان القدرة على تسليم المبيع شرط نفاذه ولم يوجد في المرهون لانه في يد
المرتهن واذا نفذ اعتاقه خرج العبد عن كونه رهنا لانه صار حرا من كل وجه

باذن الراهن

فلا ينفذ كالبيع صح

بالرهن صح

للراهن صح

والحر من وجه وهو المدبر لا يصلح للرهن فالحر من كل وجه اولى صح

ولهذا

ولهذا لم يصلح رهنا في الابتدا فكذا في حالة البقاء ثم ينظر ان كان الراهن موسرا والدين
حال يجبر الراهن على قضا به لانه لا معنى لايجاب الضمان وكذلك اذا كان الدين موجلا
وقد حل الاجل وان كان لم يحل غرم الراهن قيمة العبد فاخذه المرتهن رهنا مكانه
ولا سعاية على العبد اما وجوب الضمان على الراهن فلانه ابطل على المرتهن حقه حقا
قويا هو في معنى الملك او هو ملكه من وجه لصيرورته مستوفيا دينه من ماليته
من وجه فجاز ان يكون مضمونا بالاتلاف واما كونه رهنا فلانه بدل العبد وفي
الحقيقة بدل ماليته فيقوم مقامه واذا حل الاجل ينظر ان كانت القيمة من
جنس الدين استوفي منها دينه فان كانت قيمته اقل من الدين رجع بفضل الدين
على الراهن وان كانت قيمته من خلاف جنس الدين حبسها بالدين واما عدم
وجوب السعاية على العبد فلانه لم يوجد منه سبب وجوب الضمان وهو
الاتلاف لان الاتلاف وجد من الراهن لا من العبد ومواخذة الانسان
بالضمان من غير مباشرة سبب منه خلاف الاصل وكذلك لو كان الراهن
موسرا وقت الاعتاق ثم اعسر بعد ذلك لان العبرة لوقت الاعتاق لانه وقت
مباشرة سبب وجوب الضمان وان كان معسرا فللمرتهن ان يرجع بدينه
على الراهن ان شا وان شا استسعى العبد في الاقل من قيمته ومن الدين ويعتبر
من العبد ايضا اقل قيمته وقت الرهن ووقت الاعتاق فيسعى في الاقل منهما ومن
الدين حتى لو كان الدين الفين وقيمة العبد وقت الرهن الفا فان زادت قيمته
في يد المرتهن حتى صار [illegible] الفين ثم اعتقه الراهن وهو معسر سعى العبد
في الف قدر قيمته وقت الرهن ولو انتقصت قيمته حتى صار [illegible] خمس مائة
سعى في خمس مائة قدر قيمته وقت الاعتاق اما اختيار الرجوع على الراهن فلانه
ابطل حقه بالاعتاق واما ولاية استسعا العبد فلان بالرهن صارت مالية هذا
العبد مملوكة للمرتهن من وجه لانه صار مستوفيا لدينه من ماليته فاذا اعتقه
الراهن فقد صارت هذه المالية محتبسة عند العبد فوصلت الى العبد بالاتلاف
مالية مشغولة بحق المرتهن فكان للمرتهن ان يستخرجها منه ولا يمكنه ذلك
الا باستسعا العبد فله ان يستسعيه بخلاف حالة اليسار لان الدين في الحقيقة على
الراهن وانما العبد جعل محلا لاستيفا الدين منه عند تعذر الاستيفا من الراهن
على ما هو موضوع الرهن في الشرع ان الراهن يومر بقضا الدين وعند التعذر
يستوفي من الرهن كما قبل الاعتاق والتعذر عند اعسار الراهن لا عند يساره فيسعى
في حالة الاعسار لا في حالة الايسار وبخلاف العبد المشتري قبل القبض اذا اعتقه

اكثر من الدين رد الفضل على الراهن وان كانت قيمته صح

حتى يستوفي دينه صح

المشتري وهو مفلس انه لا يكون للبايع ولاية استسعا العبد بقدر الثمن وان كان
محبوسا قبل التسليم بالثمن كالمرهون محبوس بالدين لان العبد بنفس البيع خرج
من ملك البايع من كل وجه فلم يوجد احتباس مالية مملوكة للبايع عند
العبد وانما للبايع مجرد حق الحبس فاذا اخرج عن محلية الحبس بالاعتاق بطل
حق الحبس اصلا وبقي حقه في مطالبة المشتري بالثمن فحسب اما هاهنا
فبخلافه واما السعاية في الاقل من قيمته ومن الدين فلما ذكرنا ان الاستسعا
لمكان صيرورة المالية المملوكة للمرتهن من وجه محتبسة عند العبد فتتقدر
السعاية بقدر الاحتباس والله اعلم ثم اذا سعى العبد يرجع بما سعى على الراهن
لانه قضى دين الراهن من خالص ملكه على وجه الاضطرار لان الشرع اوجب
عليه السعاية والقاضي الزمه ومن قضى دين غيره مضطرا من مال نفسه لا
يكون متبرعا ويرجع عليه كالوارث اذا قضى دين الميت من مال نفسه انه يرجع
على التركة كذا هذا فان بقي بعد السعاية شي من الدين رجع المرتهن بذلك على
الراهن ولو نقص العبد في السعر قبل الاعتاق ثم اعتقه بان كان الدين الفا
وقيمة العبد يوم الرهن الفا فنقص من السعر حتى عادت قيمته الى خمس مائة
ثم اعتقه الراهن وهو معسر وسعى في قدر قيمته وقت الاعتاق وهو خمس مائة
فللمرتهن ان يرجع على الراهن بخمس مائة اخرى لانه لم يصل اليه من حقه الا
قدر خمس مائة فله ان يرجع عليه بالباقي ولو لم ينقص العبد في السعر ولكنه
قتله عبد يساوي مائة درهم فدفع مكانه فاعتقه الراهن وهو معسر سعى
في قيمته مائة درهم ويرجع بذلك على الراهن ويرجع المرتهن على الراهن
بتسع مائة درهم لانه لما دفع به فقد قام مقام الاول لحما ودما فصار رهنا
بجميع المال كان الاول قايم وتراجع سعره الى مائة فاعتقه الراهن وهو
معسر ولو كان كذلك لسعى في قيمته وقت الاعتاق مائة درهم ولرجع بذلك
على الراهن وكان للمرتهن ان يرجع ببقية دينه على الراهن كذا هذا والله اعلم
ولو كان الرهن جارية تساوي الفا بالف فولدت ولدا يساوي الفا فاعتقهما المولى
وهو معسر سعيا في الف لان الضمان فيهما الف ولو لم تلد ولكن قتلها عبد قيمته
الفان فدفع بها ثم اعتقه المولى سعى في الف درهم لانه كان مضمونا بهذا القدر
لقيامه مقام المقتولة لحما ودما وهي كانت مضمونة بهذا القدر كذا هذا والله اعلم
ولو قال المولى لعبده رهنتك عند فلان وكذبه العبد ثم اعتقه المولى وهو معسر
فالقول قول المولى ولزمه السعاية عند اصحابنا الثلاثة وقال زفر القول

للعبد

للعبد ولا سعاية عليه وجه قوله ان المولى بهذا الاقرار يريد الزام السعاية
على العبد وقول المولى في الزام السعاية عليه غير مقبول كما لو اقر بذلك عليه
بعد الاعتاق ولنا انه اقر بما يملك انشاءه عليه للحال لثبوت الولاية له عليه
للحال لوجود سبب الولاية وهو الملك فيصح ولا يلتفت الى تكذيب العبد بخلاف
ما بعد الاعتاق لان هناك اقر بما لا يملك للحال انشاءه لزوال الولاية بالاعتاق
هذا اذا اعتقه فاما اذا دبره فيجوز تدبيره ويخرج عن كونه رهنا اما
جواز التدبير فلانه يقف على قيام ملك الرقبة لجواز الاعتاق وملك الرقبة
قايم بعد الرهن واما خروجه عن الرهن فلان المدبر لا يصلح رهنا لان كون
المرهون مالا مطلقا شرط جواز الرهن على ما بينا فيما تقدم وبالتدبير خرج من ان
يكون مالا مطلقا فيخرج عن كونه رهنا ولهذا لم يصلح رهنا ابتدا فكذا في حالة
البقا وهل يسعى للمرتهن لا خلاف في ان الراهن اذا كان معسرا يسعى واما اذا
كان موسرا ذكر الكرخي انه يسعى وذكر القاضي في شرحه مختصر الطحاوي
انه لا يسعى وسوى بين الرهن وبين الاعتاق وهو ان الدين ان كان
حالا اخذ المرتهن جميع دينه من الراهن وان كان موجلا اخذ قيمة العبد
من الراهن وتكون رهنا مكانه كما في الاعتاق وجه ما ذكره الكرخي
ان الدين على المولى وكسب المدبر ملك المولى لان المدبر بالتدبير لم
يخرج عن ملك المولى فكانت سعايته مال المولى فكان صرف السعاية
الى المرتهن قضاء دين المولى من مال المولى فيستوي فيه حالة الاعسار
والايسار بخلاف كسب المعتق لانه كسب الحر من كل وجه وكسب الحر
من كل وجه ملكه فكانت السعاية ملكه والاصل ان لا يؤمر الانسان بقضا
دين غيره من مال نفسه الا عند العجز عن القضا بنفسه فيتقيد بحالة
العجز وهي حالة الاعسار وجه ما ذكره القاضي ان السعاية وان كانت
ملك المولى لكن لا صنع للعبد في اكتساب سبب وجوبها اذ لا صنع له في
التدبير بل هو فعل المولى ومهما امكن ايجاب الضمان على من وجد منه
مباشرة سبب وجوبه كان اولى من ايجابه على من لا صنع له فيه اصلا ورأسا
فاذا كان المولى موسرا كان الامكان ثابتا فلا معنى لايجاب السعاية على العبد
والله اعلم ثم اذا سعى في حالة الاعسار يسعى في الدين بالغا ما بلغ لان السعاية (جميع صح)
مال المولى فكان الاستسعاء من المرتهن استيفاء الدين من مال المولى فكان
له ان يستوفيه بتمامه سوا كان الدين حالا او موجلا لما قلنا وقيل ان كان الدين

حالا فكذلك فاما اذا كان موجلا فلا يسعى الا في قدر قيمته ويكون رهنا مكانه
وهكذا ذكر القاضي في شرحه مختصر الطحاوي ووجه الفرق على هذا القول
ان الدين اذا كان حالا كان واجب القضا للحال على سبيل التضييق وهذا مال
المولى فيقضي منه دينه على الكمال واذا كان موجلا لا يجب قضاوه للحال اصلا
او لا يجب على سبيل التضييق الا ان الراهن بالتدبير فوت حق المرتهن فيجب
اعادة حقه اليه بعوض يقوم مقامه جبرا للفايت فيتقدر الجابر بقدر
الفايت فيستسعيه في قدر قيمته ويكون رهنا مكانه والله اعلم ولا يرجع
المدبر بما سعى على الراهن بخلاف المعتق فوقع الفرق بين التدبير والاعتاق
في موضعين احدهما ان المدبر يسعى في جميع الدين بالغا ما بلغ ولا ينظر الى
القيمة والمعتق يسعى في الاقل من قيمته ومن الدين والثاني ان المدبر لا يرجع
بما سعى على المولى والمعتق يرجع والفرق بينهما يرجع الى حرف واحد وهو
ان سعاية المدبر ملك مولاه لكون المدبر ملكه اذ الفايت بالتدبير ليس الا
منفعة البيع فكان الاستسعا استيفا الدين من مال المولى فله ان يستوفيه
على التمام والكمال ولا يرجع بما سعى على المولى لانه قضى دين المولى من مال
المولى فكيف يرجع عليه بخلاف المعتق لان سعايته ملكه على الخلوص
لانه حر خالص الا انه لزمه السعاية لاستخلاص ملك المرتهن من وجه
المحتبس عنده وهو مال فيتقدر السعاية بقدر الاحتباس ويرجع بالسعاية
على المولى اذا كان معسرا لانه قضى دينا واجبا عليه من مال نفسه على سبيل
الاضطرار وهذا يطلق الرجوع في الشرع على ما بينا بخلاف المدبر والله اعلم
وعلى ما ذكره الكرخي يقع الفرق بينهما في موضع ثالث ايضا وهو ان المدبر
يسعى مع ايسار المولى والمعتق لا يسعى مع ايساره وقد بينا وجه
ذلك فيما تقدم والله اعلم هذا اذا اعتق او دبر فاما اذا استولد بان كان
الرهن جارية فحبلت عند المرتهن فادعاه الراهن فدعوته لا تخلو اما
ان كانت قبل وضع الحمل واما ان كانت بعد وضعه فان كانت قبل وضع
الحمل صحت دعوته وثبت نسب الولد منه وصارت الجارية ام ولد له
وخرجت عن الرهن اما صحة الدعوة فلان الجارية ملكه من كل وجه[٢] اولى
وثبوت النسب حكم صحة الدعوة وصيرورة الجارية ام ولد له حكم ثبوت النسب
وخروج الجارية عن الرهن حكم الاستيلاد وهو صيرورتها ام ولد له لان ام
الولد لا تصلح للرهن الا ترى انها لا تصلح رهنا ابتدا فكذا في حالة البقا ولا سعاية

[٢] والملك من وجه يكفي لصحة الدعوة فالملك من كل وجه صح

على الولد لانه صار حرا قبل الولادة فلم يدخل في الرهن فلا يثبت حكم الرهن فيه واما
الجارية فحكمها حكم العبد المرهون اذا دبره الراهن وقد بينا ذلك كله
وان كانت الجارية وضعت الحمل ثم ادعى الراهن الولد صحت دعوته وثبت النسب
وصار حرا وصارت الجارية ام ولد له وخرجت عن الرهن كما ذكرنا في الفصل الاول
الا ان هاهنا صار الولد حرا بعد ما دخل في الرهن وصارت له حصة من الرهن فيقسم
الدين عليهما على قدر قيمتهما الا ان قيمة الجارية تعتبر يوم الرهن وقيمة الولد
تعتبر يوم الدعوة فيكون حكم الجارية في حصته من الدين حكم المدبر في جميع
الدين وقد بينا ذلك وحكم الولد في حصته من الدين حكم المعتق في جميع ما
ذكرنا وقد بينا ذلك الا ان هناك ينظر الى ثلاثة اشيا الى قيمة العبد وقت الرهن
والى قيمته وقت الاعتاق والى الدين فيستسعى في الاقل من الاشيا الثلاثة وهاهنا
ينظر فقط الى قيمة الولد وقت الدعوة والى حصته من الدين فيسعى في اقلهما
اذا كان الراهن معسرا ويرجع بما سعى عليه والله اعلم **فصل** واما حكم اختلاف
الراهن والمرتهن والعدل فنقول وبالله التوفيق اذا كان الدين الف درهم فاختلف
الراهن والمرتهن في قدر المرهون به فقال الراهن انه رهن بخمسماية وقال
المرتهن بالف فالقول قول الراهن مع يمينه لان المرتهن يدعي على الراهن زيادة
ضمان وهو ينكر فكان القول قوله ولو اقاما البينة فالبينة بينة المرتهن
لانها تثبت زيادة ضمان ولو قال الراهن رهنته بجميع الدين الذي لك علي وهو
الف والرهن يساوي الفا وقال المرتهن ارتهنته بخمسماية والرهن قايم فقد
روي عن ابي حنيفة ان القول قول الراهن ويتحالفان ويترادان لانهما اختلفا
في قدر ما وقع عليه العقد وهو المرهون به فاشبه اختلاف البايع والمشتري
في مقدار الثمن وهناك يتحالفان ويترادان فكذا هاهنا فان هلك الرهن قبل
ان يتحالفا كان كما قال المرتهن لان الراهن يدعي عليه زيادة ضمان وهو ينكر
وان اتفقا على ان الرهن كان بالف واختلفا في قيمة الجارية فالقول قول المرتهن
لان الراهن يدعي عليه زيادة ضمان وهو ينكر ولهذا كان القول قول الغاصب
في مقدار الضمان كذا هذا ولو اقاما البينة فالبينة بينة الراهن لانها تثبت
زيادة ضمان وكذلك لو كان[٣] ثوبين هلك احدهما فاختلفا في قيمة الهالك
ان القول قول المرتهن في قيمة الهالك والبينة بينة الراهن في زيادة القيمة لما
قلنا وكذلك لو اختلفا في قدر الرهن فقال المرتهن رهنتني هذين الثوبين
بالف درهم وقال الراهن رهنت احدهما بعينه يحلف كل واحد منهما على

[٣] الرهن صح

دعوى صاحبه لانهما اختلفا في قدر المعقود عليه وانه يوجب التحالف كما في باب البيع
ولو اقاما البينة فالبينة بينة المرتهن هكذا ذكر في الاصل لانها تثبت زيادة ضمان
ولو قال الراهن للمرتهن هلك الرهن في يدك وقال المرتهن قبضته مني بعد
الرهن فهلك في يدك فالقول قول الراهن لانهما اتفقا على دخوله في الضمان وهو
ينكر ولو اقاما البينة فالبينة بينة الراهن لانها تثبت الضمان ولو كان الرهن عبدا فاعور
فاختلفا فقال الراهن كانت القيمة يوم الرهن الفا فذهب بالاعورار النصف خمس مائة
وقال المرتهن لا بل كانت قيمته يوم الرهن خمس مائة وانما ازداد بعد ذلك فانما
ذهب من حقي الربع مائتان وخمسون فالقول قول الراهن لانه يستدل
بالحال على الماضي وكان الظاهر شاهدا له وان اقاما البينة فالبينة بينته ايضا
لانها تثبت زيادة ضمان وكانت اولى بالقبول والله اعلم وان كان الدين مائة والرهن
في يد عدل فباعه فاختلفوا فقال الراهن باعه بمائة وقال المرتهن بخمسين
ودفع الي وصدقه العدل الراهن فالقول قول المرتهن مع يمينه لان المرهون
خرج عن كونه مضمونا بنفسه لخروجه عن كونه رهنا بالبيع وتحول الضمان
الى الثمن فالراهن يدعي تحول زيادة ضمان وهو ينكر وكان القول قوله كما اذا
اختلفا في مقدار قيمة الرهن بعد هلاكه ولو اقاما البينة فالبينة بينة الراهن
لانها تثبت زيادة ضمان وبينة المرتهن تنفي تلك الزيادة فالمثبتة اولى ٢
لان اتفاقهما على الرهن اتفاق منهما على الدخول في الضمان فالمرتهن بدعوى البيع يدعي
خروجه عن الضمان وتحول الضمان الى الثمن والراهن ينكر وكان القول قوله
مع يمينه وكذلك قال ابو حنيفة رحمه الله اذا كان الرهن مثل الدين في القيمة
والمرتهن مسلط على بيعه فان ادعى انه باعه بمثل الثمن وهو الف فالقول
قوله وان قال بعته بتسع مائة لم يقبل قوله فصار كانه ضاع ولا يرجع على
الراهن بالنقصان الى ان يجيء بينته لما ذكرنا انه كان مضمونا فلا يقبل قوله في
انتقال الضمان وكذلك العدل اذا قال بعت بتسع مائة ولا يعلم الا بقوله لم
يكن على العدل الا تسع مائة ويصير الرهن ذاهبا بما فيه ولا يرجع المرتهن على
الراهن بالمائة الفاضلة لان قول العدل مقبول في براة نفسه غير مقبول في
اسقاط الضمان عن بعض ما تعلق به ولا في الرجوع على الراهن وذكر في الاصل اذا
كان المرتهن مسلطا على البيع فاقام بينة انه باع ٢ واقام الراهن بينة انه مات
في يد المرتهن اخذ ببينة المرتهن وقال ابو يوسف يوخذ ببينة الراهن
وجه قوله ان بينة الراهن تثبت زيادة ضمان تنفيها بينة المرتهن فكان المثبتة

٢ والمرتهن يدعي البراة والراهن ينكرها فكان القول قوله ولو اقاما البينة فالبينة بينة الراهن ايضا لانها تثبت استيفا الدين وبينة المرتهن تنفي ذلك فالمثبتة اولى ولو قال المرتهن هلك في يد الراهن قبل ان اقبضه فالقول قوله لان الراهن يدعي دخوله في الضمان صح

٢ ولو لم يقر الراهن بالبيع ولكنه قال مات في يد العدل فالقول قول الراهن صح

٢ بتسعمائة صح

اولى وجه رواية الاصل ان بينة المرتهن تثبت امرا لم يكن وهو تحول الضمان
من العين الى الثمن وبينة الراهن تقرر ضمانا كان ثابتا قبل الموت فكانت المثبتة
اولى والله اعلم بالصواب

كتاب المزارعة

الكلام في هذا الكتاب في مواضع في بيان معنى المزارعة لغة وشرعا وفي بيان انها مشروعة
ام لا وفي بيان ركن المزارعة وفي بيان الشرايط المصححة للركن والمفسدة له وفي
بيان حكم المزارعة الصحيحة وفي بيان حكم المزارعة الفاسدة وفي بيان ما هو
عذر في فسخ المزارعة وفي بيان ما يبطل عقد المزارعة وفي بيان حكمه اذا بطل
اما الاول فالمزارعة في اللغة مفاعلة من الزرع وهو الانبات المضاف الى العبد
مباشرة فعل اجرى الله تعالى العادة بحصول النبات عقيبه لا بتخليقه وايجاده
وفي عرف الشرع عبارة عن العقد على المزارعة ببعض الخارج وشرايطه
الموضوعة له شرعا فان قيل المزارعة من باب المفاعلة فتقتضي وجود الفعل
من اثنين كالمقابلة والمضاربة ونحوهما وفعل الزرع يوجد من العامل دون
غيره بدليل انه يسمى هو مزارعا دون رب الارض والبذر ومن لا عمل له من جهته
فكيف يسمى هذا العقد مزارعة فالجواب عنه من وجهين احدهما ان المفاعلة
جاز ان تستعمل فيما لا يوجد الفعل الا من واحد كالمداواة والمعالجة مع ان
الفعل لا يوجد الا من الطبيب والمعالج قال الله تعالى قاتلهم الله انا يوفكون ولا
احد يقصد مقاتلة الله تعالى فكذلك المزارعة جاز ان تكون كذلك والثاني
ان كان اصل الباب ما ذكر فقد وجد الفعل هنا من اثنين لان المزارعة مفاعلة
من الزرع والزرع هو الانبات لغة وشرعا والانبات المتصور من العبد هو
التسبيب لحصول النبات وفعل التسبيب وجد من كل واحد منهما الا ان
التسبيب من احدهما بالعمل ومن الاخر بالتمكين من العمل باعطاء الالات
والاسباب التي لا يحصل العمل بدونها عادة فكان كل واحد منهما مزارعا حقيقة
لوجود فعل الزرع منه بطريق التسبيب الا انه اختص العامل بهذا الاسم في
العرف ومثل هذا جائز كاسم الدابة ونحو ذلك على ما عرف في اصول الفقه

فصل

واما شرعية المزارعة فقد اختلف فيها قال ابو حنيفة
انها غير مشروعة وبه اخذ الشافعي وقال ابو يوسف ومحمد رحمهما الله
انها مشروعة وجه قولهما ما روي ان رسول الله صلى الله عليه وسلم دفع
نخل خيبر معاملة وارضها مزارعة وادنى درجات فعله عليه السلام الجواز وكذا
هو شريعة متوارثة لتعامل السلف ذلك من غير انكار وجه قول ابي حنيفة

ان عقد المزارعة استيجار ببعض الخارج وانه منهي بالنص والمعقول اما النص فما
روي عن رسول الله صلى الله عليه وسلم انه قال لرافع بن خديج رضي الله عنه في حايطه
لا تستاجره بشي منه وروي عن رسول الله صلى الله عليه وسلم انه نهى عن قفيز الطحان
والاستيجار ببعض الخارج في معنى قفيز الطحان والمنهي غير مشروع واما المعقول
فهو ان الاستيجار ببعض الخارج من النصف والثلث والربع ونحو ذلك استيجار
ببدل مجهول وانه لا يجوز كما في الاجارة وبه تبين ان حديث خيبر محمول على
الجزية دون المزارعة صيانة لدلايل الشرع عن التناقض والدليل على انه لا يمكن
حمله على المزارعة انه صلى الله عليه وسلم قال فيه اقركم ما اقركم الله تعالى وهذا
منه صلى الله عليه وسلم تجهيل للمدة وجهالة المدة تمنع صحة المزارعة بلا خلاف
بقي ترك الانكار على التعامل وذا يحتمل ان يكون للجواز ويحتمل ان يكون لكونه
محل الاجتهاد فلا يدل على الجواز مع الاحتمال **فصل** واما ركن المزارعة فهو
الايجاب والقبول وهو ان يقول صاحب الارض للعامل دفعت اليك هذه الارض مزارعة
بكذا ويقول العامل قبلت او رضيت او ما يدل على قبوله ورضاه فاذا وجدا تم العقد
بينهما **فصل** واما الشرايط فهي في الاصل نوعان شرايط مصححة للعقد على
قول من يجيز المزارعة وشرايط مفسدة له اما المصححة فانواع بعضها يرجع الى
المزارع وبعضها يرجع الى الزرع وبعضها يرجع الى ما عقد عليه المزارعة وبعضها
يرجع الى الزراعة وبعضها يرجع الى الخارج من المزروع وبعضها يرجع الى
المزروع فيه وبعضها يرجع الى المزروع وبعضها يرجع الى مدة الزراعة اما الذي
يرجع الى المزارع فنوعان احدهما ان يكون عاقلا فلا تصح مزارعة المجنون
والصبي الذي لا يعقل المزارعة دفعا واخذا لان المزارعة استيجار ببعض الخارج
والصبي الماذون يملك الاجارة لانها تجارة فيملك المزارعة وكذلك الحرية
ليست بشرط لصحة المزارعة فتصح المزارعة من العبد الماذون دفعا واخذا
لما ذكرنا في الصبي الماذون والثاني ان لا يكون مرتدا على قياس قول ابي حنيفة
في قياس قول من اجاز المزارعة فلا تنفذ مزارعته للحال بل هي موقوفة
وعندهما هذا ليس بشرط لجواز المزارعة ومزارعة المرتد نافذة للحال
بيان ذلك انه اذا دفع المرتد ارضا الى رجل مزارعة بالنصف او بالثلث
او بالربع فعمل الرجل واخرجت الارض زرعا ثم قتل المرتد او مات على الردة
او لحق بدار الحرب وقضى بلحاقه بدار الحرب فهذا على وجهين احدهما
ان كان دفع الارض والبذر جميعا مزارعة او دفع الارض دون البذر فان دفعهما

لان العقل شرط اهلية التصرفات فاما البلوغ فليس بشرط لجواز المزارعة حتى يجوز مزارعة الصبي الماذون دفعا واخذا صح

جميعا مزارعة فالخارج كله للزارع ولا شي لورثة المرتد لان مزارعته كانت موقوفة
فاذا مات او لحق تبين انه لم يصح اصلا فصار كان العامل بذر ارضه ببذر
مغصوب ومن غصب من اخر بذرا وبذر به ارضه فاخرجت كان الخارج له دون
صاحب البذر وعلى العامل مثل ذلك البذر لانه مغصوب استهلكه وله مثل
فيلزمه مثله ثم ينظر ان كانت الارض نقصتها المزارعة فعليه ضمان النقصان
لانه اتلف مال الغير بغير اذنه فيجب عليه الضمان ويتصدق بما وراء قدر
البذر ونقصان الاجر لانه حصل بسبب خبيث فكان سبيله التصدق
وان كانت لم ينقصها فلا ضمان عليه لانعدام الاتلاف وان اسلم فالخارج بينهما
على الشرط سوا اسلم قبل ان يستحصد الزرع او بعد ما استحصد لانه لما اسلم
تبين ان المزارعة وقعت صحيحة وعند ابي يوسف ومحمد الخارج على الشرط
كيف ما كان لان تصرفات المرتد نافذة عندهما بمنزلة تصرفات المسلم فتكون
حصته له فاذا مات او لحق بدار الحرب تكون لورثته وان دفع اليه الارض
دون البذر فالخارج له ايضا لانه لما ظهر انه لم تصح المزارعة صار كانه غصب
ارضا وبذرها ببذر نفسه واخرجت ولو كان كذلك كان الخارج له فكذلك
هنا الا انه ياخذ من ذلك قدر بذره ونفقته وضمان النقصان ان كانت المزارعة
نقصتها ويتصدق بالفضل لما ذكرنا وان كانت لم ينقصها فقياس قول ابي حنيفة
على قياس قول من اجاز المزارعة ان يكون الخارج كله للعامل ولا يلزمه نقصان
الارض ولا غيره وفي الاستحسان الخارج بين العامل وبين ورثة المرتد على
الشرط وجه القياس ما ذكرنا انه يصير بمنزلة الغاصب ومن غصب من
اخر ارضا فزرعها ببذر نفسه ولم تنقصها الزراعة كان الخارج كله له ولا
يلزمه شي كذلك ها هنا وجه الاستحسان ان انعدام صحة تصرف المرتد
بعد الموت واللحاق ليس لمكان انعدام اهليته لان الردة لا تنافي عماد الاهلية
بل لتعلق حق ورثته بماله لوجود امارة الاستغنا بالردة لان الظاهر انه
لا يسلم بل يقتل او يلحق بدار الحرب فيستغني عن ماله فيثبت التعلق نظرا
لهم ونظرهم ها هنا في تصحيح التصرف لا في ابطاله ليصل اليهم شي فاشبه
العبد المحجور اذا اجر نفسه وسلم من العمل انه لا يبطل تصرفه بل يصح
وتجب الاجرة لان الحكم ببطلان تصرفه لنظر المولى ونظره ها هنا في
التصحيح دون الابطال كذلك ها هنا وان اسلم المرتد فالخارج على
الشرط سوا اسلم قبل انقضا المزارعة او بعد انقضايها نقصت المزارعة

بدار الحرب صح

الارض

الارض او لم تنقصها لما ذكرنا في الوجه الاول وعلى قولهما الخارج على الشرط كيف ما
كان اسلم او قتل او لحق لان تصرفاته نافذة بمنزلة تصرفات المسلم هذا اذا
دفع مرتد ارضه مزارعة الى مسلم اما اذا دفع مسلم ارضه مزارعة الى مرتد
فهذا على وجهين اما ان دفع الارض والبذر جميعا او دفع الارض دون البذر
فان دفعهما جميعا مزارعة فعمل المرتد فاخرجت الارض زرعا كثيرا ثم قتل المرتد
او مات او لحق بدار الحرب فالخارج كله بين المسلم وبين ورثة المرتد على
الشرط بالاخلاف لان انعدام صحة تصرف المرتد لا لعين ردته بل لتضمنه ابطال
حق الورثة لتعلق حقهم بماله على ما مر وعمل المرتد هاهنا ليس تصرفا
في ماله بل على نفسه بابقاء المنافع ولا حق لورثته في نفسه فصحت مزارعته
وكان الخارج على الشرط المذكور فان دفع الارض دون البذر فعمل المرتد
واخرجت الارض زرعا ففي قياس قول ~~محمد~~ ابي حنيفة على قياس قول من
اجاز المزارعة ان الخارج كله لورثة المرتد ولا يجب نقصان الارض لان عنده
تصرفات المرتد موقوفة غير نافذة للحال فلم تنفذ مزارعته فكان الخارج
حادثا على ملكه لكونه نماء ملكه فكان لورثته وفيه اشكال وهو ان هذا
الخارج من اكساب ردته وكسب الردة فيء عند ابي حنيفة فكيف يكون
لورثته والجواب انه حين بذر كان حق الورثة متعلقا بالبذر لما مر من قبل
فالحاصل منه يحدث على ملكهم فلا يكون كسب الردة ولا يجب نقصان الارض
لان ضمان النقصان يعتمد اتلاف العين ولم يوجد اذ المزارعة حصلت
باذن المالك وعند ابي يوسف ومحمد الخارج على الشرط بالاخلاف سواء
اسلم قبل ان يستحصد الزرع او بعد ما استحصد لما ذكرنا هذا اذا كانت المزارعة
بين مسلم ومرتد اما اذا كانت بين مسلمين ثم ارتدا او ارتد احدهما فالخارج
على الشرط بالاخلاف لانه لما كان مسلما وقت العقد صح التصرف فاعتراض
الردة عليه بعد ذلك لا تبطله واما المرتدة فتصح مزارعتها دفعا واخذا بالاجماع
لان تصرفاتها نافذة بمنزلة تصرفات المسلمة فتصح المزارعة منها دفعا واخذا
بمنزلة مزارعة المسلم فصل واما الذي يرجع الى الزرع فنوع واحد وهو ان
يكون معلوما بان يبين ما يزرع لان حال المزروع فيه يختلف باختلاف الزرع
بالزيادة والنقصان فرب زرع يزيد في الارض ورب زرع ينقصها وقد يقل
النقصان وقد يكثر فلا بد من البيان ليكون لزوم الضرر مضافا الى التزامه الا اذا
قال له ازرع فيها ما شئت فيجوز له ان يزرع فيها ما شاء لانه لما فوض اليه فقد رضي

كما اذا كان مسلما لما ذكرنا وان اسلم فالخارج على الشرط صح

الامر صح

بالضرر

بالضرر الا انه لا يملك الغرس لان الداخل تحت العقد الزرع دون الغرس فصل
واما الذي يرجع الى المزروع فهو ان يكون قابلا لعمل الزراعة وهو ان يؤثر فيه العمل
بالزيادة بمجرى العادة لان ما لا يؤثر فيه العمل بالزيادة عادة لا يتحقق فيه عمل
الزراعة حتى لو دفع ارضا فيها زرع قد استحصد مزارعة لم يجز كذا لو
لان الزرع اذا استحصد لا يؤثر فيه عمل الزراعة بالزيادة فلا يكون قابلا لعمل
الزراعة والله تعالى اعلم فصل واما الذي يرجع الى الخارج من الزرع فانواع
منها ان يكون مذكورا في العقد حتى لو سكت عنه فسد العقد لان المزارعة
استيجار والسكوت عن ذكر الاجرة يفسد الاجارة ومنها ان يكون لهما حتى
لو شرطا ان يكون الخارج لاحدهما يفسد العقد لان معنى الشركة لازم هذا
العقد وكل شرط يكون قاطعا للشركة يكون مفسدا للعقد ومنها ان يكون حصة
كل واحد من المزارعين بعض الخارج حتى لو شرطا ان يكون من غيره لا يصح
العقد لان المزارعة استيجار ببعض الخارج به تنفصل عن الاجارة المطلقة
ومنها ان يكون ذلك البعض من الخارج معلوم القدر من النصف والثلث
والربع ونحو ذلك لان ترك التقدير يؤدي الى الجهالة المفضية الى المنازعة
ولهذا شرط بيان مقدار الاجرة في الاجارات كذا هاهنا ومنها ان يكون جزءا
شايعا في الجملة حتى لو شرطا لاحدهما قفزانا مسماة لا يصح العقد لان
المزارعة فيها معنى الاجارة والشركة اما معنى الاجارة فلان الاجارة تمليك
المنفعة بعوض والمزارعة كذلك لان البذر ان كان من رب الارض فالعامل
يملك منفعة نفسه من رب الارض بعوض وهو نماء بذره وان كان
البذر من قبل العامل فرب الارض يملك منفعة ارضه من العامل بعوض
وهو نماء ملكه بذره فكانت المزارعة استيجارا [illegible] اما العامل واما الارض
لكن ببعض الخارج واما معنى الشركة فلان الخارج يكون مشتركا بينهما على
الشرط المذكور واذا ثبت ان معنى الاجارة والشركة لازم هذا العقد فاشتراط
جزء معلوم ينفي لزوم معنى الشركة لاحتمال ان الارض لا تخرج زيادة على
القدر المعلوم ولهذا اذا شرط في المضاربة سهم معلوم من الربح لا يصح
كذا هذا وكذا اذا شرط جزءا شايعا وشرط معه زيادة اقفزة معلومة لا
يصح لما قلنا وعلى هذا اذا شرط احدهما البذر لنفسه وان يكون الباقي بينهما
لا تصح المزارعة لجواز ان لا تخرج الارض الا قدر البذر فيكون كل الخارج له فلا
يوجد معنى الشركة ولان هذا في الحقيقة شرط قدر البذر ان يكون له لا عين البذر

تنعقد ثم تتم شركة صح

ط

لان عينه تهلك في التراب وذا لا يصح لما ذكرنا وهذا بخلاف المضاربة فان قدر راس
المال يرفع ويقسم الباقي على الشرط لان المضاربة تقتضي الشركة في الربح فاما
المزارعة فتقتضي الشركة في كل الخارج واشتراط قدر معلوم من الخارج يمنع
تحقق الشركة في كله فهو الفرق بين الفصلين وكذلك لو شرطا ما على الماذيانات
والسواقي لا يصح العقد لان ما على الماذيانات والسواقي شي معلوم فشرطه يمنع
لزوم الشركة في العقد وقد روي انهم كانوا يشترطون في عقد المزارعة لاحدهما ما
على الماذيانات والسواقي فلما بعث صلى الله عليه وسلم ابطله **فصل** واما
الذي يرجع الى المزروع فيه وهو الارض فانواع منها ان تكون صالحة للزراعة
حتى لو كانت سبخة او نزة لا يجوز العقد لان المزارعة عقد استيجار لكن ببعض
الخارج والارض السبخة والنزة لا يجوز اجارتها فلا تجوز مزارعتها فاما اذا كانت
صالحة للزراعة في المدة لكن لا يمكن زراعتها وقت العقد لعارض من انقطاع
الما وزمان الشتا ونحو ذلك من العوارض التي هي على شرف الزوال في المدة تجوز
مزارعتها كما تجوز اجارتها ومنها ان تكون معلومة فان كانت مجهولة لا تصح
المزارعة لانه يودي الى المنازعة ولو دفع الارض مزارعة على ان ما زرع منها
حنطة فكذا وما زرع منها شعيرا فكذا يفسد العقد لان المزروع فيه
مجهول لان كلمة من للتبعيض فتقع على بعض الارض وانه غير معلوم
وكذلك لو قال على ان يزرع بعضها حنطة وبعضها شعيرا لان التنصيص
على التبعيض تنصيص على التجهيل ولو قال على ان ما زرع فيها حنطة فكذا وما
زرع فيها شعيرا فكذا جاز لانه جعل الارض كلها ظرفا لزرع الحنطة او لزرع
الشعير فانعدم التجهيل ولو قال على ان ما زرع فيها بغير كراب فكذا ذكر في
الاصل انه جايز وهذا مشكل لان المزروع فيه من الارض مجهول فاشبه ما اذا
قال ما زرع منها حنطة فكذا وما زرع منها شعيرا فكذا وبعضهم اشتغلوا
بتصحيح جواب الكتاب والفرق بين الفصلين على وجه لم يتضح ولو قال ان زرع
حنطة فكذا وان زرع سمسما فكذا ولم يذكر منها فهو جايز لانعدام جهالة
المزروع فيه وجهالة الزرع للحال ليس بضار لانه فوض الاختيار اليه فاي
ذلك اختاره يتعين ذلك للعقد باختياره فعلا كما قلنا في الكفارات الثلاث
ولو زرع بعضها حنطة وبعضها شعيرا جاز لانه لو زرع الكل حنطة او الكل
شعيرا جاز فاذا زرع البعض حنطة والبعض شعيرا اولى ومنها ان
تكون مسلمة الى العامل مخلاة وهو ان يوجد من صاحب الارض التخلية بين

الارض وبين العامل حتى لو شرط العمل على رب الارض لا تصح المزارعة لانعدام
التخلية وكذا اذا شرط عملهما جميعا لما قلنا ولهذا اذا شرط رب المال
في عقد المضاربة العمل مع المضارب لا تصح المضاربة لانه شرط يمنع وجود ما
هو شرط لصحة العقد وهو التخلية فيمنع التخلية كذا هنا وعلى هذا اذا دفع ارضا
وبذرا [٢] على ان يعمل العامل وعبد رب الارض وللعامل الثلث ولرب الارض
الثلث ولعبده الثلث فهو جايز لان صاحب الارض صار مستاجرا للعامل ببعض
الخارج الذي هو نما ملكه فصح وشرط العمل على عبده لا يكون شرطا على نفسه
لان العبد الماذون له يد نفسه على كسبه لا يد النيابة عن مولاه فيصير بمنزلة
الاجنبي فلا يمنع تحقق التخلية فلا يمنع الصحة ويكون نصيب العبد لمولاه وان
كان البذر من العامل لا تصح المزارعة لانه يصير مستاجرا الارض والبقر والعبد
ببعض الخارج الذي هو نما ملكه وذا لا يصح على ما ذكر ويكون الخارج له وعليه
اجر مثل الارض والبقر والعبد لان هذا حكم المزارعة الفاسدة على ما نذكر
في موضعه وكذلك لو كان شرط عمل رب الارض مع ذلك كان له ايضا اجر مثله
لان هذا شرط مفسد للعقد والله تعالى اعلم **فصل** واما الذي يرجع الى
المعقود عليه المزارعة فهو ان يكون المعقود عليه المزارعة مقصودا من حيث
انها اجارة احد امرين اما منفعة العامل بان كان البذر من قبل رب الارض
واما منفعة الارض بان كان البذر من العامل لان البذر اذا كان من قبل رب
الارض يصير مستاجرا للعامل واذا كان من قبل العامل يصير مستاجرا
للارض واذا اجتمعا في الاستيجار فسدت المزارعة فاما منفعة البقر فان
حصلت تابعة صحت المزارعة وان حصلت مقصودة فسدت وبيان هذه
الجملة ببيان انواع المزارعة فنقول وبالله التوفيق المزارعة انواع منها
ان تكون الارض والبذر والبقر والالة من جانب والعمل من جانب وهذا جايز
لان صاحب الارض يصير مستاجرا للعامل لا غير ليعمل له في ارضه ببعض الخارج
الذي هو نما ملكه وهو البذر ومنها ان تكون الارض من جانب والباقي كله من جانب
وهذا جايز ايضا لان العامل يصير مستاجرا للارض لا غير ببعض الخارج الذي
هو نما ملكه وهو البذر ومنها ان تكون الارض والبذر من جانب والبقر والالة
والعمل من جانب وهذا جايز ايضا لان هذا استيجار العامل لا غير مقصودا فاما
البقر فغير مستاجر مقصودا اذ لا يقابله شي ولا له قسط من العوض وهو الاجرة
بل هي تابعة للمعقود عليه وهو منفعة العامل لانه الة العمل فلا يقابله شي كمن

[٢] وبقرا صح

استاجر خياطا لخاط بابرة نفسه جاز ولا يقابلها شي من الاجرة لانه لما كان تابعا
للمعقود عليه وكان جاريا مجرى الصفة للعمل لان العقد عقد على عمل جيد والاوصاف
لا يقسط لها من العوض فامكن ان تنعقد اجارة ثم تتم شركة بين منفعة الارض وبين
منفعة العامل ومنها ان تكون الارض والبقر من جانب والبذر والعمل من جانب
وهذا لا يجوز في ظاهر الرواية وروي عن ابي يوسف انه يجوز ووجه قوله انه لو
كان الارض والبذر من جانب جاز وجعلت منفعة البقر تابعة لمنفعة العامل
فكذا اذا كان الارض والبقر من جانب يجب ان يجوز وتجعل منفعة البقر تابعة
لمنفعة الارض ووجه ظاهر الرواية ان العامل هاهنا يصير مستاجرا للارض
والبقر جميعا مقصودا ببعض الخارج لانه لا يمكن تحقيق معنى التبعية هاهنا
لاختلاف جنس المنفعة لان منفعة البقر ليست من جنس منفعة الارض فبقيت
اصلا بنفسها فكان هذا استيجار البقر مقصودا ببعض الخارج لا يجوز لوجهين احدهما
ما ذكرنا ان المزارعة تنعقد اجارة ثم تتم شركة ولا يتصور انعقاد الشركة بين
منفعة البقر وبين منفعة العامل بخلاف الفصل الاول لانه يتصور انعقاد
الشركة بين منفعة الارض وبين منفعة العامل والثاني ان جواز المزارعة
ثبت بالنص مخالفا للقياس لان الاجرة معدومة وهي مع انعدامها مجهولة
فيقتصر جوازها على المحل الذي ورد النص فيه وذلك فيما اذا كانت الالة تابعة
فاذا جعلت مقصودة ترد الى القياس ومنها ان يكون البذر والبقر من
جانب والارض والعمل من جانب وهذا لا يجوز ايضا لان صاحب البذر يصير
مستاجرا الارض والعامل جميعا ببعض الخارج والجمع بينهما يمنع صحة المزارعة
ومنها ان يكون البذر من جانب والباقي كله من جانب وهذا لا يجوز ايضا لما
قلنا وروي عن ابي يوسف في هذين الفصلين ايضا انه يجوز لان استيجار كل
واحد منهما جايز عند الانفراد فكذا عند الاجتماع والجواب ما ذكرنا ان الجواز
كان على خلاف القياس ثبت عند الانفراد فبقي حالة الاجتماع على اصل القياس
وطريق الجواز في هذين الفصلين بالاتفاق ان ياخذ صاحب البذر الارض
مزارعة ثم يستعير العمل له فيجوز والخارج يكون بينهما على الشرط ومنها
ان يشترك جماعة من احدهم الارض ومن الاخر البذر ومن الاخر البقر ومن الرابع
العمل وهذا لا يجوز ايضا لما مر وفي غير هذا ورد الخبر بالفساد فانه روي ان
اربعة اشتركوا على عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم على هذا الوجه فابطل عليهم
مزارعتهم وعلى قياس ما روي عن ابي يوسف يجوز ومنها ان يشترط في عقد

هذا استيجار البقر ببعض الخارج اصلا ومقصودا

من صاحبها صح

المزارعة ان يكون بعض البذر من قبل احدهما والبعض من قبل الاخر وهذا لا يجوز لان كل
واحد منهما يصير مستاجرا صاحبه في قدر بذره فيجتمع استيجار الارض والعامل
من جانب واحد وانه مفسد ومنها ان تكون الارض من جانب والبذر والبقر
من جانب دفع صاحب الارض ارضه اليه على ان يزرعها ببذره وبقره مع هذا
الرجل الاخر على ان ما خرج من شي فثلثه لصاحب الارض في حق صاحب الارض والعامل الاول
فاسد في حق العامل الثاني فيكون ثلث الخارج لصاحب الارض وللعامل الاول وللعامل
الثاني اجر مثل عمله وكان ينبغي ان تفسد المزارعة في حق الكل لان صاحب البذر
وهو العامل الاول جمع بين استيجار الارض والعامل وقد ذكرنا ان الجمع بينهما
مفسد للعقد لكونه خلاف مورد الشرع بالمزارعة ومع ذلك حكم بصحتها في
حق صاحب الارض والعامل الاول وانما كان كذلك لان العقد فيما بين صاحب
الارض والعامل الاول وقع استيجارا للارض لا غير وانه صحيح وفيما بين العاملين
وقع استيجارا للارض ~~لا غير~~ والعامل جميعا وانه غير صحيح ويجوز ان يكون العقد الواحد
له جهتان جهة صحة وجهة فساد خصوصا في حق شخصين فيكون صحيحا في حق
احدهما فاسدا في حق الاخر ولو كان البذر في هذه المسلة من صاحب الارض صحت
المزارعة في حق الكل والخارج بينهم على الشرط لان صاحب البذر في هذه الصورة
يصير مستاجرا للعاملين جميعا والجمع بين استيجار العاملين لا يقدح في صحة
العقد واذا صح العقد كان الخارج على الشرط **فصل** واما الذي يرجع الى الة
الزراعة فهو ان يكون البقر في العقد تابعا فان جعل مقصودا في العقد تفسد
المزارعة وقد مر بيانه في الفصل المتقدم **فصل** واما الذي يرجع الى مدة
المزارعة فهو ان تكون المدة معلومة فلا تصح المزارعة الا بعد بيان المدة لانها
استيجار ببعض الخارج ولا تصح الاجارة مع جهالة المدة وهذا هو القياس في
المعاملة ان لا تصح الا بعد بيان المدة لانها استيجار العامل ببعض الخارج وكانت
اجارة بمنزلة المزارعة الا انها جازت في الاستحسان لتعامل الناس ذلك من غير
بيان المدة وتقع على اول جزء يخرج من الثمرة في اول السنة ولان ابتداء المعاملة
معلوم فاما وقت ابتداء المزارعة فمتفاوت حتى انه لو كان في موضع لا يتفاوت
تجوز من غير بيان المدة وهو على اول زرع يخرج لذا قال محمد بن سلمة ان
بيان المدة في ديارنا ليس بشرط كما في المعاملة **فصل** واما الشرايط
المفسدة للمزارعة فانواع وقد دخل بعضها في بيان الشرايط المصححة منها
شرط كون الخارج لاحدهما لانه شرط يقطع الشركة التي هي من معاني العقد ومنها

ط وثلثه لصاحب البذر والبقر وثلثه لذلك العامل وهذا صحيح صح

م وثلثاه صح

م وقت صح

شرط العمل على صاحب الارض لان ذلك يمنع التسليم وهو التخلية ومنها شرط
البقر عليه لان فيه جعل منفعة البقر معقودا عليها مقصودة في باب المزارعة
ولا سبيل اليه ومنها شرط العمل والارض جميعا من جانب واحد لان ذلك
خلاف مورد الشرع الذي هو خلاف القياس على ما مر في الفصول المتقدمة
ومنها شرط الحمل والحفظ على المزارع بعد القسمة لانه ليس من عمل المزارعة
ومنها شرط الحصاد والرفع الى البيدر والدياس والتذرية لان الزرع لا
يحتاج اليها اذ لا يتعلق به صلاحه والاصل ان كل عمل يحتاج اليه الزرع قبل
تناهيه وادراكه وجفافه مما يرجع الى اصلاحه من السقي والحفظ وقلع
الحشاوة ومن الانهار وتسوية المسنات ونحوها فعلى المزارع لان ما
هو المقصود من الزرع وهو النماء لا يحصل بدونه عادة فكان من توابع المعقود
عليه فكان من عمل المزارعة فيكون على المزارع وكل عمل يكون بعد تناهي
الزرع وادراكه وجفافه قبل قسمة الحب مما يحتاج اليه لخلوص الحب وتنقيته
يكون بينهما على شرط الخارج لانه ليس من عمل المزارعة ولهذا قالوا لو دفع
ارضا مزارعة وفيها زرع قد استحصد لا يجوز لانقضاء وقت عمل المزارعة
اذ العمل فيه بعد الادراك ما يزيد به وكل عمل يكون بعد القسمة من الحمل الى
البيت ونحوه مما يحتاج اليه لاحراز المقسوم فعلى كل واحد منهما في نصيبه لان
ذلك مونة ملكه فتلزمه دون غيره وروي عن ابي يوسف انه اجاز شرط
الحصاد ورفع البيدر والدياس والتذرية على المزارع لتعامل الناس
وبعض مشايخنا بما وراء النهر يفتون به ايضا وهو اختيار نصر بن يحيى ومحمد بن
سلمة من مشايخ خراسان والجذاذ في باب المعاملة لا يلزم العامل بلا خلاف
اما في ظاهر الرواية فلا يشكل واما على رواية ابي يوسف فلانعدام التعامل
فيه ولو باع الزرع قصيلا فاجمعا على ان يقصلاه كان الفصل على كل واحد
منهما على قدر شرط الحب لانه بمنزلة الحصاد ومنها شرط التبن لمن لا يكون
البذر من قبله وجملته ان هذا لا يخلو من ثلاثة اوجه اما ان شرطا ان يكون
التبن بينهما او سكتا عنه او شرطا ان يكون لاحدهما دون الاخر فان شرطا
ان يكون بينهما لا شك انه يجوز لانه شرط يقرر معنى العقد لان الشركة في
الخارج من معاني هذا العقد على ما مر وان سكتا عنه يفسد عند ابي يوسف
وعند محمد لا يفسد ويكون لصاحب البذر منهما وذكر الطحاوي ان محمدا رحمه
الله رجع الى قول ابي يوسف وجه قول محمد ان صاحب البذر يستحقه ببذره

لا بالشرط فكان شرط التبن والسكوت عنه بمنزلة واحدة وجه قول ابي يوسف ان
كل واحد منهما اعني الحب والتبن مقصود من العقد فكان السكوت عن التبن بمنزلة
السكوت عن الحب وذا مفسد بالاجماع فكذا هذا وان شرطا ان يكون لاحدهما دون
الاخر فان شرطاه لصاحب البذر جاز ويكون له لان صاحب البذر يستحقه من غير
شرط لكونه نماء ملكه فالشرط لا يزيده الا تاكيدا وان شرطاه لمن لا بذر من قبله فسد
المزارعة لان استحقاق صاحب البذر التبن بالبذر لا بالشرط لانه نماء ملكه ونماء
ملك الانسان ملكه فصار شرط كون التبن لمن لا بذر من قبله بمنزلة شرط كون
الحب له وذا مفسد كذا هاهنا ومنها ان يشترط صاحب الارض على المزارع عملا
يبقى اثره ومنفعته بعد مدة المزارعة كبناء الحايط والسرقين واستحداث
حفر النهر ووضع المسناة ونحو ذلك مما يبقى اثره ومنفعته الى ما بعد انقضاء المدة
لانه شرط لا يقتضيه العقد واما الكراب فلا يخلو في الاصل من وجهين اما ان
شرطاه في العقد واما ان سكتا عنه فان سكتا عنه هل يدخل تحت عقد المزارعة
حتى يجبر المزارع لو امتنع او لا فسنذكره في حكم المزارعة الصحيحة ان شاء الله
تعالى وان شرطاه في العقد فلا يخلو ايضا من وجهين اما ان شرطاه مطلقا
في العقد عن صفة التثنية واما ان شرطاه مقيدا بها فان شرطاه مطلقا عن
الصفة فقال بعضهم انه يفسد العقد لان اثره يبقى الى ما بعد المدة وقال
عامتهم لا يفسد وهو الصحيح لان الكراب بدون التثنية مما يبطله السقي
على وجه لا يبقى له اثر ومنفعة بعد المدة فلم يكن شرطه مفسدا للعقد
وان شرطاه مع التثنية فسدت المزارعة لان التثنية اما ان تكون عبارة
عن الكراب مرتين مرة للمزارعة ومرة بعد الحصاد ليرد الارض على صاحبها
مكروبة وهذا شرط مفسد لا شك فيه لما ذكرنا انه شرط عمل ليس هو
من عمل المزارعة لان الكراب بعد الحصاد ليس من عمل المزارعة في هذه
السنة واما ان يكون عبارة عن فعل الكراب مرتين قبل الزراعة وانه عمل لا
يبقى اثره ومنفعته الى ما بعد المدة فكان ليس بمفسد بمعنى انه لو كان في
موضع يبقى يفسد كذا قال بعض اصحابنا ولو دفع الارض مزارعة على انه ان زرعها
بغير كراب فللمزارع الربع وان زرعها بكراب ط فله النصف فهو جائز على ما
شرطا كذا ذكر في الاصل وهذا مشكل في شرط الكراب مع التثنية لانه شرط مفسد
فينبغي ان يفسد بهذا الشرط واذا عمل يكون له اجر مثل عمله واما شرط
الكراب وعدمه فصحيح على الشرط المذكور لانه غير مفسد وبعضهم صححوا

التثنية
الثني ضم واحد الى واحد وكذا
ويقال هو ثاني واحد وثاني واحد
اي مصيره بنفسه اثنين وثنيت
الارض ثنيا كربتها ثلاثا فهي
مثنية ومثلوثة وقد جاء في كلام
محمد رح التثنية والثنيان بمعنى
الشيء اكثر ومن فسر التثنية بالكراب
بعد الحصاد او برد الارض على صاحبها
مكروبة فقد سها

لـ سـ
وانه عمل يبقى اثره ومنفعته
الى ما بعد المدة فكان
مفسدا حتى انه لو كان
في موضع لا يبقى لا يفسد
ط فله الثلث وان
كربها وثناها صح

جواب الكتاب وفرقوا بين هذا الشرط وبين شرط التثنية بفرق لم يتضح
وفرع في الاصل فقال لو زرع بعض الارض بكراب وبعضها بغير كراب
وبعضها بثنيان فهو جايز والشرط بينهما في كل الارض نافذ على ما شرطا لذا
ذكر في الاصل وهذا بنا على الاول لانه ان شرط التثنية في كل الارض عند اختياره
ذلك يصح في البعض بطريق الاولى **فصل** واما بيان حكم المزارعة الصحيحة
على قول من يجيزها فنقول وبالله التوفيق ان للمزارعة الصحيحة احكاما منها
ان كل ما كان من عمل المزارعة مما يحتاج الزرع اليه لاصلاحه فعلى المزارع لان العقد
يتناوله وقد بيناه ومنها ان كل ما كان من باب النفقة على الزرع من السرقين
وقلع الحشاوة ونحو ذلك فعليهما على قدر حقيهما وكذلك الحصاد والحمل
الى البيدر والدياس والتذرية لما ذكرنا ان ذلك ليس من عمل المزارعة حتى
يختص به المزارع ومنها ان يكون الخارج بينهما على الشرط المذكور لان الشرط
قد صح فيلزم الوفا به لقوله صلى الله عليه وسلم المسلمون عند شروطهم ومنها
انه اذا لم تخرج الارض شيا لا شي لواحد منهما لا اجر العمل ولا اجر الارض سوا
كان البذر من قبل العامل او من قبل رب الارض بخلاف المزارعة الفاسدة
انه يجب اجر المثل فيها وان لم تخرج الارض شيا والفرق ان الواجب في العقد
الصحيح هو المسمى وهو بعض الخارج ولم يوجد الخارج فلا يجب شي والواجب
في المزارعة الفاسدة اجر مثل العمل في الذمة لا في الخارج فانعدام الخارج لا يمنع
وجوبه في الذمة فهو الفرق ومنها ان هذا العقد غير لازم في جانب صاحب
البذر لازم في جانب صاحبه حتى لو امتنع بعد ما عقد عقد المزارعة على
الصحة وقال لا اريد زراعة الارض له ذلك سوا كان له عذر او لم يكن ولو امتنع
صاحبه ليس له ذلك الا من عذر وعقد المعاملة لازم ليس لواحد منهما ان
يمتنع الا من عذر والفرق بين هذه الجملة ان صاحب البذر لا يمكنه المضي
في العقد الا باتلاف ملكه وهو البذر لان البذر يهلك في التراب فلا يكون
الشروع فيه ملزما في حقه اذ الانسان لا يجبر على اتلاف ملكه ولا كذلك من ليس
البذر من قبله والمعاملة لانه ليس في لزوم المضي اياهم اتلاف ملكهم فكان الشروع
ملزما في حقهم ولا يفسخ الا من عذر كما في ساير الاجارات وسوا كان المزارع كرب
الارض او لم يكربها لان ما ذكرنا من المعنى لا يوجب الفصل بينهما ولا شي للعامل
في عمل الكراب على ما نذكره في حكم المزارعة المنفسخة ان شا الله تعالى ومنها
ولاية جبر المزارع على الكراب وعدمها وهذا على وجهين اما ان شرطا الكراب

م كان من صح

في العقد واما ان سكتا عن شرطه فان شرطاه يجبر عليه لانه شرط صحيح فيجب الوفا به
وان سكتا عنه ينظر ان كانت الارض مما تخرج الزرع بدون الكراب زرعا
معتادا يقصد مثله في عرف الناس لا يجبر المزارع عليه وان كانت لا تخرج اصلا
او تخرج ولكن شيا قليلا لا يقصد مثله يجبر على الكراب لان مطلق عقد المزارعة
يقع على الزراعة المعتادة وعلى هذا اذا امتنع المزارع عن السقي وقال ادعها حتى
يسقيها السما فهو على مثال هذا التفصيل انه ان كان الزرع مما يكتفي بما السما ويخرج
زرعا معتادا بدونه لا يجبر على السقي وان كان مع السقي اجود فان كانت مما لا يكتفي
به يجبر على السقي لما قلنا ومنها جواز الزيادة على الشرط المذكور من الخارج
والحط عنه وعدم الجواز والاصل فيه ان كل ما احتمل انشا العقد عليه احتمل الزيادة
وما لا فلا والحط جايز في الحالين جميعا كما في الزيادة في الثمن في باب البيع واذا
عرف هذا فنقول الزيادة في المزارعة والحط على وجهين اما ان يكون من المزارع
واما ان يكون من صاحب الارض ولا يخلو اما ان يكون من المزارع واما ان يكون
من صاحب الارض بعد ما استحصد الزرع او قبل ان يستحصد فان كان بعد ما
استحصد والبذر من قبل العامل وكانت المزارعة على النصف مثلا فزاد المزارع
صاحب الارض السدس من حصته وجعل له الثلثين ورضي به صاحب الارض لا
تجوز الزيادة والخارج بينهما على الشرط نصفان وان زاد صاحب الارض المزارع
السدس من حصته وتراضيا فالزيادة جايزة لان الاول زيادة على الاجرة بعد انتها
عمل المزارعة باستيفا المعقود عليه وهو المنفعة وانه لا يجوز الا ترى انهما لو
انشا العقد بعد الحصاد لا يجوز فكذا الزيادة والثاني حط عن الاجرة وانه لا يستدعي
قيام المعقود عليه كما في البيع هذا اذا كان البذر من قبل العامل فان كان من قبل
صاحب الارض فزاد صاحب الارض لا يجوز وان زاد المزارع جاز لما قلنا هذا اذا
زاد احدهما بعد ما استحصد الزرع فاما اذا زاد قبل ان يستحصد الزرع جاز
ايهما كان لان الوقت يحتمل انشا العقد فيحتمل الزيادة ايضا بخلاف الفصل الاول
فصل واما حكم المزارعة الفاسدة فانواع منها انه لا يجب على المزارع شي
من اعمال المزارعة لان وجوبه بالعقد ولم يصح ومنها ان الخارج كله يكون لصاحب
البذر سوا كان لصاحب الارض او العامل المزارع لان استحقاق صاحب البذر
الخارج لكونه نما ملكه لا بالشرط لوقوع الاستغنا بالملك عن الشرط واستحقاق
الاخر الخارج بالشرط وهو العقد فاذا لم يصح الشرط استحقه صاحب الملك
ولا يلزمه التصدق بشي لانه نما ملكه ومنها ان البذر اذا كان من قبل صاحب

م بالعمل صح
م البذر صح
عي

الارض كان للعامل عليه اجر مثل عمله لان البذر اذا كان من قبل صاحب الارض
كان هو مستاجرا للعامل فاذا فسدت الاجارة وجب اجر مثل عمله واذا كان
البذر من قبل العامل ٢ يكون هو مستاجرا للارض فاذا فسدت الاجارة
يجب عليه اجر مثل ~~عمله~~ ارضه ومنها ان البذر اذا كان من قبل رب
الارض واستحق الخارج وغرم للعامل اجر مثل عمله فالخارج كله طيب له
لانه حاصل من ملكه وهو البذر في ملكه وهو الارض واذا كان من قبل
العامل واستحق الخارج وغرم لصاحب الارض اجر مثل ارضه فالخارج
كله لا يطيب له بل ياخذ من الزرع قدر بذره وقدر اجر مثل الارض
ويطيب ذلك له لانه سلم له بعوض ويتصدق بالفضل على ذلك لانه
وان تولد من بذره لكن في ارض غيره بعقد فاسد فتمكنت فيه شبهة
الخبث وكان سبيله التصدق ومنها ان اجر المثل لا يجب في المزارعة
الفاسدة ما لم يوجد استعمال الارض لان المزارعة عقد اجارة والاجرة في
الاجارة الفاسدة لا تجب الا بحقيقة الاستعمال ولا تجب بالتخلية لانعدام التخلية فيها
حقيقة اذ هي عبارة عن رفع الموانع والتمكن من الانتفاع حقيقة وشرعا ولم يوجد
بخلاف الاجارة الصحيحة على ما عرف في الاجارات ومنها ان اجر المثل يجب في المزارعة
الفاسدة وان لم تخرج الارض شيئا بعد ان استعملها المزارع وفي المزارعة الصحيحة
اذا لم تخرج لا يجب شيء لواحد منهما وقد مر الفرق ومنها ان اجر المثل في المزارعة
الفاسدة يجب مقدرا بالمسمى عند ابي يوسف وعند محمد يجب تاما وهذا اذا
كانت الاجرة وهو حصة كل واحد منهما مسماة في العقد فان لم يكن يجب اجر المثل
تاما بالاجماع وجه قول محمد ان الاصل في الاجارة وجوب اجر المثل لانها
عقد معاوضة وهو تمليك المنفعة بعوض ومبنى المعاوضات على المساواة بين
البدلين وذلك بوجوب اجر المثل لانه المثل الممكن في الباب اذ هو قدر قيمة
المنافع المستوفاة الا ان فيه ضرب جهالة وجهالة المعقود عليه فلا بد من
تسمية البدل تصحيحا للعقد فوجب المسمى على قدر قيمة المنافع ايضا واذا لم يصح
العقد لفوات شرط من شرائطه وجب المصير الى البدل الاصلي للمنافع وهو اجر
المثل ولهذا اذا لم يسم البدل اصلا في العقد وجب اجر المثل بالغا ما بلغ وجه
قول ابي يوسف ان الاصل ما قاله محمد وهو وجوب اجر المثل بدلا عن
المنافع قيمة لها لانه هو المثل بالقدر الممكن لكن مقدرا بالمسمى لانه كما يجب
اعتبار المماثلة في البدل في عقد المعاوضة بالقدر الممكن لكن مقدرا بالمسمى

٢ كان عليه لرب الارض اجر مثل ارضه لان البذر اذا كان من قبل العامل صح

م تمنع صح

لانه كما يجب اعتبار المماثلة في البدل في عقد المعاوضة بالقدر الممكن يجب اعتبار
التسمية بالقدر الممكن لان اعتبار تصرف العاقل واجب ما امكن وامكن ذلك
بتقدير اجر المثل بالمسمى لان المستاجر ما رضي بالزيادة على المسمى والاجر ما
رضي بالنقصان عنه وكان اعتبار المسمى في تقدير اجر المثل به عملا بالدليلين
ورعاية للجانبين بالقدر الممكن وكان اولى بخلاف ما اذا لم يكن البدل مسمى
في العقد لان البدل اذا لم يكن مسمى اصلا لا حاجة الى اعتبار التسمية فوجب
اعتبار اجر المثل فهو الفرق فصل واما المعاني التي هي عذر في فسخ المزارعة فانواع
بعضها يرجع الى صاحب الارض وبعضها يرجع الى المزارع اما الذي يرجع الى صاحب
الارض فهو الدين الفادح الذي لا قضاء له الا من ثمن هذه الارض تباع في الدين
وينفسخ العقد بهذا العذر واذا امكن الفسخ بان كان قبل الزراعة او بعدها
اذا سمن الزرع وبلغ مبلغ الحصاد لانه لا يمكنه المضي في العقد الا بضرر يلحقه
فلا يلزمه تحمل الضرر فيبيع القاضي الارض بدينه اولا ثم يفسخ المزارعة ولا
تنفسخ بنفس العذر وان لم يمكن الفسخ بان كان الزرع لم يدرك ولم يبلغ مبلغ
الحصاد لا تباع في الدين ولا تنفسخ الا ان يدرك الزرع لان في البيع ابطال حق
العامل وفي الانتظار الى وقت الادراك تاخير حق صاحب الدين وفيه رعاية
الجانبين فكان اولى ويطلق من الحبس لو كان محبوسا الى غاية الادراك لان
الحبس جزاء الظلم وهو المطل وانه غير مماطل قبل الادراك لكونه ممنوعا عن
بيع الارض شرعا والممنوع معذور فاذا ادرك الزرع يرد الى الحبس ثانيا
ليبيع ارضه ويؤدي دينه بنفسه والا فيبيع القاضي عليه واما الذي يرجع
الى المزارع فنحو المرض لانه يعجز عن العمل والسفر لانه يحتاج اليه وترك
حرفته الى حرفة لان من الحرف ما لا يغني عن الجوع فيحتاج الى الانتقال الى غيره
ومانع يمنعه من العمل على ما مر في كتاب الاجارات فصل واما الذي
ينفسخ به عقد المزارعة بعد وجوده فانواع منها الفسخ وهو نوعان صريح
ودلالة اما الصريح فهو ان يكون بلفظ الفسخ والاقالة لان المزارعة مشتملة
على الاجارة والشركة وكل واحد منهما قابل لصريح الفسخ والاقالة واما الدلالة
فنوعان احدهما امتناع صاحب البذر عن المضي في العقد بان قال لا اريد
زراعة الارض ينفسخ العقد لما ذكرنا ان العقد غير لازم في حقه وكان
بسبيل من الامتناع عن المضي فيه من غير عذر ويكون ذلك فسخا منه دلالة
والثاني حجر المولى على العبد المأذون بعد ما دفع الارض والبذر مزارعة وبان

فدحه الدين اثقله

ذلك ان العبد المادون اذا دفع الارض والبذر مزارعة فحجره المولى قبل الزراعة ينفسخ العقد حتى يملك منع المزارع عن الزراعة لان العقد لم يقع لازما من جهة العبد لانه صاحب بذر فيملك المولى منعه عن الزراعة بالحجر كما يملك العبد منعه قبل الحجر ولو كان البذر من جهة المزارع لا ينفسخ العقد حتى لا يملك المولى ولا العبد منع المزارع عن الزراعة لان العقد لازم من قبل صاحب البذر ولهذا لا يملك العبد منعه عن الزراعة قبل الحجر فلا يملك المولى منعه بالحجر ايضا هذا اذا دفع الارض مزارعة فاما اذا اخذها مزارعة فان كان البذر من قبله انفسخ عليه وان كان البذر والارض من قبل صاحب الارض لا ينفسخ العقد بالحجر لانه بالحجر لم يعجز عن العمل الا ان للمولى منعه عن العمل لما فيه من اتلاف ملكه وهو البذر فله ان يفسخ اما لا ينفسخ بالحجر هذا اذا حجر العبد المادون فاما اذا لم يحجر عليه ولكن نهاه عن الزراعة او فسخ العقد بعد الزراعة او نهى قبل ذلك الا انه لم يحجر عليه فالنهي باطل وكذلك نهي الاب الصبي المادون قبل عقد المزارعة او بعده لا يصح لان النهي عن المزارعة والفسخ بعدها من باب تخصيص الاذن بالتجارة والاذن بالتجارة مما لا يحتمل التخصيص ومنها انقضا مدة المزارعة لانها اذا انقضت فقد انتهى العقد وهو معنى الانفساخ ومنها موت صاحب الارض سوا مات قبل الزراعة او بعدها وسوا ادرك الزرع او هو بقل لان العقد افاد الحكم له دون وارثه لانه عاقد لنفسه والاصل ان من عقد لنفسه بطريق الاصالة فحكم تصرفه يقع له لا لغيره الا لضرورة وصل واما بيان حكم المزارعة المنفسخة فنقول وبالله التوفيق لا تخلو من وجهين اما ان انفسخت قبل الزراعة او بعدها فان انفسخت قبل الزراعة لا شي للعامل وان كرب الارض وحفر الانهار وسوى المسنات باي طريق انفسخ سوا انفسخ بصريح الفسخ او بدليله او بانقضا المدة او بموت احد المتعاقدين لان الفسخ يظهر اثره في المستقبل بانتها حكمه لا في الماضي فلا يتبين ان العقد لم يكن صحيحا والواجب في العقد الصحيح المسمى وهو بعض الخارج ولم يوجد فلا يجب شي وقيل ان هذا جواب الحكم فاما فيما بينه وبين الله تعالى عليه ان يرضي العامل فيما اذا امتنع عن المضي في العقد قبل الزراعة ولا يحل له الامتناع شرعا لانه يشبه التغرير وهو حرام وان انفسخت بعد الزراعة فان كان الزرع قد ادرك وبلغ الحصاد فالحصاد والخارج بينهما على الشرط والعمل فيما بقي الى وقت الحصاد عليهما وعلى المزارع اجر مثل نصف الارض

م كان صح

ط العقد لانه اذا حجر عليه فقد عجز عن العمل وانه يوجب انفساخ العقد لفوات المعقود صح

م وان كان لم يدرك فكذلك الجواب في صريح الفسخ ودليله وانقضاء المدة ان الزرع بينهما على الشرط صح

لصاحب

لصاحب الارض لان العقد قد انفسخ وفي القلع ضرر بالمزارع وفي الترك بغير اجر ضرر بصاحب الارض وكان الترك باجر المثل نظرا من الجانبين بخلاف ما اذا مات صاحب الارض والزرع بقل ان العمل يكون على المزارع خاصة لان ثم هناك انفسخ العقد ايضا حقيقة لوجود سبب الانفساخ وهو الموت الا انا بقيناه تقديرا دفعا للضرر عن المزارع لانه لو انفسخ لثبت لصاحب الارض حق القلع وفيه ضرر بالمزارع فجعل هذا عذرا في بقا العقد تقديرا واذا بقي العقد كان العمل على المزارع خاصة كما كان قبل الموت وهذا لا ينضح فان انفق احدهما من غير اذن صاحبه ومن غير اذن القاضي فهو متطوع وان اراد صاحب الارض ان ياخذ الزرع بقلا لم يكن له ذلك لان فيه ضررا بالمزارع ولو اراد المزارع ان ياخذه بقلا فصاحب الارض بين خيارات ثلاث ان شا قلع الزرع فيكون بينهما وان شا اعطى المزارع قيمة نصيبه من الزرع وان شا انفق هو على الزرع من ماله ثم يرجع على المزارع بحصته لان فيه رعاية للجانبين واما في موت احد المتعاقدين اما اذا مات رب الارض بعدما دفع الارض مزارعة ثلاث سنين ونبت الزرع وصار بقلا تترك الارض في يدي المزارع الى وقت الحصاد ويقسم على الشرط المذكور لان في الترك الى وقت الحصاد نظرا من الجانبين وفي القلع اضرارا باحدهما وهو المزارع ويكون العمل على المزارع خاصة لبقا العقد تقديرا في هذه السنة في هذا الزرع وان مات المزارع والزرع بقل فقال ورثته نحن نعمل على شرط المزارعة وابى ذلك صاحب الارض فالامر الى ورثة المزارع لان في القلع ضررا بالمزارع ولا ضرر بصاحب الارض في الترك الى وقت الادراك واذا ترك لا اجر للورثة فيما يعملون لانهم يعملون على حكم عقد ابيهم تقديرا فكانه يعمل ابوهم وان اراد الورثة قلع الزرع لم يجبروا على العمل لان العقد منفسخ حقيقة الا انا بقيناه باختيارهم نظرا لهم فاذا امتنعوا عن العمل لا يجبرون فكان الزرع مشتركا فاما ان يقسم بينهم الحصص او يعطيهم صاحب الارض قيمة حصتهم من الزرع البقل او ينفق من مال نفسه الى وقت الحصاد ثم يرجع عليهم بحصتهم لان فيه رعاية الجانبين والله تعالى اعلم بالصواب

كتاب المعاملة

وقد يسمى كتاب المساقاة والكلام في هذا الكتاب في المواضع التي ذكرناها في كتاب المزارعة اما معنى المعاملة لغة فهو مفاعلة من العمل وفي عرف الشرع عبارة عن العقد على العمل ببعض الخارج مع ساير شرايط الجواز واما شرعيتها فقد اختلف العلما فيها قال ابو حنيفة انها غير مشروعة وقال ابو يوسف ومحمد هم

م اما الزرع بينهما على الشرط فلما مر ان انفساخ العقد يظهر اثره في المستقبل لا في الماضي فيبقى الزرع بينهما على ما كان قبل الانفساخ واما العمل فيما بقي الى وقت الحصاد عليهما لانه عمل في مال مشترك لم تشترط العمل فيه على احدهما فيكون عليهما وعلى المزارع اجر مثل نصف الارض لصاحب الارض صح

م على صح

والشافعي رحمهم الله عليهم مشروعة احتجوا بحديث خيبر انه صلى الله عليه وسلم دفع
نخيلهم معاملة ولابي حنيفة ان هذا استيجار ببعض الخارج وانه منهي على ما ذكرنا
في كتاب المزارعة وقد مر الجواب فيه عن الاستدلال بحديث خيبر فلا نعيد
فاما ركنه فهو الايجاب والقبول واما الشرايط المصححة لها فما ذكرناها في كتاب
المزارعة منها ان يكون العاقدان عاقلين فلا يجوز عقد من لا يعقل فاما البلوغ
فليس بشرط وكذا الحرية على ما مر في المزارعة ومنها ان لا يكونا مرتدين في قول
ابي حنيفة على قياس قول من اجاز المعاملة حتى لو كان احدهما مرتدا وقفت
المعاملة ثم ان كان المرتد هو الدافع فان اسلم فالخارج بينهما على الشرط وان قتل او
مات او لحق فالخارج كله للدافع لانه نماء ملكه وللاخر اجر المثل اذا عمل وعندهما
الخارج بين العامل المسلم وبين ورثة الدافع على الشرط في الحالين كما اذا كانا مسلمين
وان كان المرتد هو العامل فان اسلم فالخارج بينهما على الشرط وان قتل او مات
على الردة او لحق فالخارج بين الدافع المسلم وبين ورثة العامل المرتد على الشرط
بالاجماع لما مر في المزارعة هذا اذا كانت المعاملة بين مسلم ومرتد فاما اذا كانت
بين مسلمين ثم ارتدا او ارتد احدهما فالخارج على الشرط لما ذكرنا في المزارعة
وتجوز معاملة المرتد دفعا واخذا بالاجماع ومنها ان يكون المدفوع من الشجر الذي
فيه ثمرة معاملة مما يزيد ثمره بالعمل فان كان المدفوع نخلا فيه طلع او بسر
قد احمر او اخضر الا انه لم يتناه عظمه جازت المعاملة وان كان قد تناهى عظمه الا
انه لم يرطب فالمعاملة فاسدة لانه اذا تناهى عظمه لا يؤثر فيه العمل بالزيادة عادة
فلم يوجد العمل المشروط عليه فلا يستحق الخارج بل يكون كله لصاحب النخل
ومنها ان يكون ~~المدفوع من الشجر~~ الخارج لهما فلو شرط ان يكون لاحدهما فسدت
ومنها ان يكون حصة كل واحد منهما من بعض الخارج معلوم القدر ومنها ان يكون
محل العمل وهو الشجر معلوما لما ذكرنا في المزارعة ومنها التسليم الى العامل وهو
التخلية حتى لو شرطا العمل عليهما فسدت لانعدام التخلية فاما بيان المدة فليس
بشرط لجواز المعاملة استحسانا وتقع على اول ثمرة تخرج في اول سنة بخلاف المزارعة
والقياس ان تكون شرطا لان ترك البيان يؤدي الى الجهالة كما في المزارعة الا انه ترك
القياس لتعامل الناس ذلك من غير بيان المدة ولم يوجد ذلك في المزارعة حتى لو وجد
التعامل في موضع يجوز من غير بيان المدة وبه كان يفتي محمد بن سلمة على ما مر في المزارعة
ولو دفع ارضا ليزرع فيها الرطاب او دفع ارضا فيها اصول رطبة نابتة ولم يسم المدة
فان كان شيئا ليس لابتداء نباته ولا لانتهائه جزء وقت معلوم فالمعاملة فاسدة وان كان

وقت

وقت جزه معلوما يجوز ويقع على الجزة الاول كما في الشجرة المثمرة **فصل** واما
الشرايط المفسدة للمعاملة فانواع دخل بعضها في الشرايط المصححة للعقد لان ما
كان وجوده شرطا للصحة كان انعدامه شرطا للفساد ومنها شرط كون الخارج
كله لاحدهما ومنها شرط ان يكون لاحدهما قفزانا مسماة ومنها شرط العمل
على صاحب الارض ومنها شرط الحمل والحفظ بعد القسمة على العامل لما ذكرنا في كتاب
المزارعة ومنها شرط الجذاذ والقطاف على العامل بلا خلاف لانه ليس من المعاملة
في شيء لانعدام التعامل به ايضا وكان من باب مونة الملك والملك مشترك بينهما
وكانت مونته عليهما على قدر الملك ومنها شرط عمل تبقى منفعته بعد انقضا
مدة المعاملة نحو السرقنة ونصب العرايش وغرس الاشجار وتقليب الارض
وما اشبه ذلك لانه لا يقتضيه العقد ولا هو من ضرورات المعقود عليه ومنها
ومنها شركة العامل فيما يعمل فيه لان العامل اجير رب الارض واستيجار الانسان
للعمل في شيء هو شريك المستاجر فيه لا يجوز حتى ان النخل لو كان بين رجلين
فدفعه احدهما الى صاحبه معاملة مدة معلومة على ان الخارج بينهما اثلاث
ثلثاه للشريك العامل وثلثه للشريك الساكت فالمعاملة فاسدة والخارج
بينهما على قدر الملك ولا اجر للعامل على شريكه لما مر ان في المعاملة معنى الاجارة
ولا يجوز الاستيجار لعمل فيه الاجير شريك وان عمل لا يستحق الاجر على شريكه
لما عرف في الاجارات ولا يشبه هذا المزارعة ان الارض اذا كانت مشتركة بين
اثنين دفعها احدهما الى صاحبه مزارعة على ان يزرعها ببذره وله ثلثا الخارج
انه تجوز المزارعة لان هناك لا يتحقق الاستيجار للعمل في شيء الآخر الاجير فيه
شريك المستاجر لانعدام الشركة في البذر وها هنا تحقق لثبوت الشركة في النخل
فهو الفرق ولا يتصدق واحد منهما بشيء من الخارج لانه خالص ماله لكونه نماء
ملكه ولو شرطا ان يكون الخارج لهما على قدر ملكيهما جازت المعاملة لان
استحقاق كل واحد منهما اعني من الشريكين الخارج لكونه نماء ملكه لا بالعمل
بل العامل منهما معين لصاحبه في العمل من غير عوض فلم يتحقق الاستيجار ولو
امر الشريك الساكت الشريك العامل ان يشتري ما يلقح النخيل فاشتراه
رجع عليه بنصفه لانه اشترى مالا متقوما على الشركة بامره فيرجع عليه وسوا
كان العامل في عقد المعاملة واحدا او اكثر حتى لو دفع رجل نخله الى رجلين
معاملة بالنصف او بالثلث جاز وسوا سوى بينهما في الاستحقاق او جعل لاحدهما
فضلا لان كل واحد منهما اجير صاحب الارض فكان استحقاق كل واحد منهما بالشرط

فينعقد بقدر الشرط ولو شرط لاحد العاملين مائة درهم على رب الارض وللاخر
ثلث الخارج ولرب الارض الثلثان جاز لان الواجب لكل واحد منهما اجرة مشروطة فيجب
على حسب ما يقتضيه الشرط ولو شرطا لصاحب النخل الثلث ولاحد العاملين
الثلثين وللاخر مائة درهم على العامل الذي شرط له الثلثان فهو فاسد ولا
يشبه هذا المزارعة ان من دفع ارضه مزارعة على ان لرب الارض الثلث وللمزارع
الثلثان وعلى ان يعمل فلان معه بثلث الخارج ان المزارعة صحيحة بين رب
الارض والمزارع فاسدة في حق الثالث لان المعاملة استيجار العامل والاجرة تجب
على المستاجر دون الاجير لان الاجرة بمقابلة العمل والعمل للمستاجر وكانت الاجرة
عليه فاذا شرطها على الاجير فقد استاجره ليعمل له على ان يكون الاجر على غيره
ولا سبيل اليه فيفسد العقد وهذا هو الموجب للفساد في حق الثالث في باب
المزارعة الا انه صح فيما بين رب الارض والمزارع لانه جعل بمنزلة عقدين ففساد
احدهما لا يوجب فساد الاخر وهذا مع هذا التكلف غير واضح ويتضح ان شا
الله تعالى **فصل** واما حكم المعاملة الصحيحة على قول من يجيزها فانواع
منها ان كل ما كان من عمل المعاملة مما يحتاج اليه الشجر والكرم والرطاب
واصول الباذنجان من السقي واصلاح النهر والحفظ والتلقيح للنخل فعلى العامل
لانها من توابع المعقود عليه فيتناوله العقد وكل ما كان من باب النفقة على
الشجر والكرم والارض من السرقنة وتقليب الارض التي فيها الكرم والشجر
ونصب العرائش وغير ذلك فعليهما على قدر حقيهما لان العقد لم يتناوله لا
مقصودا ولا ضرورة وكذلك الجذاذ والقطاف لان ذلك يكون بعد انتهاء العمل
فلا يكون من حكم عقد المعاملة ومنها ان يكون الخارج بينهما على الشرط على ما
مر ومنها انه اذا لم يخرج الشجر شيئا فلا شيء لواحد منهما بخلاف المزارعة
الفاسدة وقد مر الفرق في كتاب المزارعة ومنها ان هذا العقد لازم من الجانبين
حتى لا يملك احدهما الامتناع والفسخ من غير رضى صاحبه الا من عذر بخلاف
المزارعة فانها غير لازمة في جانب صاحب البذر وقد مر الفرق ومنها
ولاية جبر العامل على العمل الا من عذر ومنها جواز الزيادة على الشرط والحط
عنه وانعدام الجواز والاصل فيه ما مر في كتاب المزارعة ان كل موضع احتمل انشاء
العقد احتمل الزيادة والا فلا والحط جائز في الموضعين اصله الزيادة في الثمن والمثمن
فاذا دفع نخلا بالنصف معاملة فخرج الثمر فان لم يتناه عظمه جازت الزيادة
منهما ايهما كان لان انشاء العقد في هذه الحالة جائز فكانت الزيادة جائزة ولو تناهى

عظم البسر جازت الزيادة من العامل لرب الارض شيئا ولا تجوز الزيادة من رب الارض
للعامل شيئا لان هذه زيادة في الاجرة واحتمال الانشاء ليس بشرط لصحة الحط ومن احكام
المعاملة ان العامل لا يملك ان يدفع الى غيره معاملة الا اذا قال له رب الارض اعمل فيه برايك
لان الدفع الى غيره اثبات الشركة في مال غيره بغير اذنه فلا يصح واذا قال له اعمل
برايك فقد اذن له فصح ولو لم يقل له اعمل فيه برايك فدفع العامل الى رجل اخر معاملة
فعمل فيه فما خرج فهو لصاحب النخل ولا اجر للعامل الاول لان استحقاقه بالشرط
وهو شرط العمل ولم يوجد منه العمل بنفسه ولا بغيره ايضا لان عقده معه
لم يصح فلم يكن عمله مضافا اليه وله على العامل الاول اجر مثل عمله لانه عمل له بامره
فاستحق اجر المثل ولو هلك الثمر في يد العامل الاخير من غير عمله وهو في رؤس
النخل فلا ضمان على واحد منهما لانعدام الغصب من واحد منهما وهو تفويت يد المالك
ولو هلك من عمله في امر خالف فيه امر العامل الاول فالضمان لصاحب النخل على العامل
الاخير دون الاول لان الخلاف قطع نسبة عمله اليه فبقي متلفا على المالك ماله فكان
الضمان عليه ولو هلك في يده من عمله في امر لم يخالف فيه امر العامل الاول فلصاحب
النخيل ان يضمن الاول لم يرجع على الاخر لانه عمل بامر الاول فلو رجع عليه لرجع
هو عليه ايضا فلا يفيد وان اختار تضمين الاخر يرجع على الاول لانه غره في هذا
العقد فيرجع عليه بضمان الغرور وهو ضمان السلامة هذا اذا لم يقل له اعمل فيه
برايك فاما اذا قال له وشرط فيه له النصف فدفعه الى رجل اخر بثلث الخارج فهو
جائز لما ذكرنا وما خرج من الثمر فنصفه لرب النخل والسدس للعامل الاول لان
شرط الثلث يرجع الى نصيبه خاصة لان العمل واجب عليه فيتقدر بقدر الضرورة
وذكر محمد في الاصل انه اذا لم يقل اعمل برايك وشرط له شيئا معلوما وشرط
الاول للثاني مثل ذلك فهما فاسدان ولا ضمان على العامل الاول **فصل**
واما حكم المعاملة الفاسدة فانواع ذكرناها في المزارعة منها انه لا يجبر العامل
على العمل لان الجبر حكم العقد ولم يصح ومنها ان الخارج كله لصاحب الارض
لان استحقاقه الخارج لكونه نماء ملكه واستحقاق العامل بالشرط ولم يصح فيكون
لصاحب الملك ولا يتصدق بشيء منه لانه حصل عن خالص ملكه ومنها ان اجر
المثل لا يجب في المعاملة الفاسدة ما لم يوجد العمل لما ذكرنا في المزارعة ومنها
ان وجوب اجر المثل فيها يجب مقدرا لا يجاوز عنه عند ابي يوسف وعند محمد
يجب تاما وهذا الاختلاف فيما اذا كانت حصة كل واحد منهما مسماة في العقد
فان لم تكن مسماة يجب اجر المثل تاما بلا خلاف وقد مرت المسالة في المزارعة

م ايهما شاء لانه اذا لم يوجد منه الخلاف بقي عمله مضافا اليه كانه عمل بنفسه فكان له ان يضمنه وله ان يضمن الثاني لانه في معنى غاصب الغاصب فان اختار تضمين صح

ط بالمسمى صح

م لا يقف على الخارج بل يجب وان لم يخرج الشجر شيئا بخلاف المعاملة الصحيحة وقد مر الفرق في كتاب المزارعة ومنها ان اجر المثل فيهما صح

فصل واما المعاني التي هي عذر في فسخ المعاملة فما ذكرنا في كتاب المزارعة ومن
الاعذار التي في جانب العامل ان يكون سارقا معروفا بالسرقة فيخاف منه على الثمر والسعف
واما الذي ينفسخ به عقد المعاملة فمنها صريح الفسخ ومنها الاقالة ومنها انقضا
المدة ومنها موت المتعاقدين وقد مر في كتاب المزارعة **فصل** واما حكم
المعاملة المنفسخة فعلى نحو حكم المزارعة المنفسخة والله تعالى اعلم

كتاب الاكراه

الكلام في هذا الكتاب في مواضع في بيان معنى الاكراه لغة وشرعا وفي بيان انواع الاكراه وفي بيان شرايط
الاكراه وفي بيان ما يقع عليه الاكراه اذا اتى به المكره وفي بيان ما عدل المكره الى
غير ما وقع عليه الاكراه او نقص عنه اما الاول فالاكراه في اللغة عبارة عن اثبات
الكره والكره معنى قايم بالمكره ينافي المحبة والرضا ولهذا يستعمل كل واحد منهما
مقابل الاخر قال الله تعالى وعسى ان تكرهوا شيا وهو خير لكم وعسى ان تحبوا شيا
وهو شر لكم ولهذا قال اهل السنة ان الله تعالى يكره الكفر والمعاصي اي لا
يحبها ولا يرضا بها وان كانت الطاعات والمعاصي بارادة الله تعالى وفي الشرع
عبارة عن الدعا الى الفعل بالايعاد والتهديد مع وجود شرايطها التي نذكرها
في مواضعها ان شا الله تعالى **فصل** واما بيان انواع الاكراه فنقول انه
نوعان نوع يوجب الالجا والاضطرار طبعا كالقتل والقطع والضرب الذي
يخاف منه تلف النفس او العضو قل الضرب او كثر ومنهم من قدره بعدد
ضربات الحد وانه غير سديد لان المعول عليه تحقق الضرورة فاذا تحققت
فلا معنى لصورة العدد وهذا النوع من الاكراه يسمى اكراها تاما ونوع لا يوجب
الالجا والاضطرار وهو الحبس والقيد والضرب[م] وهذا النوع من الاكراه يسمى
اكراها ناقصا **فصل** واما شرايط الاكراه فنوعان نوع يرجع الى المكره ونوع
يرجع الى المكره اما الذي يرجع الى المكره فهو ان يكون قادرا على تحقيق ما اوعد
لان الضرورة لا تتحقق الا عند القدرة وعلى هذا قال ابو حنيفة ان الاكراه لا يتحقق
الا من السلطان وقال ابو يوسف ومحمد انه يتحقق من السلطان وغيره وجه
قولهما ان الاكراه ليس الا ايعاد بالحاق المكروه وهذا يتحقق من كل مسلط
وابو حنيفة رحمه الله يقول غير السلطان لا يقدر على تحقيق ما اوعد لان المكره
يستغيث بالسلطان فيغيثه واذا كان المكره هو السلطان فلا يجد غوثا وقيل
انه لا خلاف بينهم في المعنى انما هو اختلاف زمان ففي زمان ابي حنيفة رحمه الله
لم يكن لغير السلطان قدرة الاكراه ثم تغير الحال في زمانهما فتغير الفتوى على حسب الحال

م وفي بيان حكم ما يقع عليه الاكراه صح
او زاد على ما وقع عليه الاكراه صح

م الذي لا يخاف منه التلف ولا يسرفه تقديرا لازم سوى كان يلحقه من الاغتمام البين بهذه الاشياء اعني الحبس والقيد والضرب صح

والله اعلم

والله اعلم فاما البلوغ فليس بشرط لتحقق الاكراه حتى يتحقق من الصبي العاقل
اذا كان مطاعا مسلطا وكذلك العقل والتمييز المطلق ليس بشرط فيتحقق الاكراه
من البالغ المختلط العقل بعد ان كان مطاعا مسلطا والله اعلم واما النوع الذي
يرجع الى المكره فهو ان يقع في غالب رايه واكبر ظنه انه لو لم يجب الى ما دعي اليه
تحقق ما اوعد به لان غالب الراي حجة خصوصا عند تعذر الوصول الى
اليقين حتى انه لو كان في اكبر رايه ان المكره لا يحقق ما اوعد لا يثبت
حكم الاكراه شرعا وان وجد صورة الايعاد لان الضرورة لم تتحقق ومثله
لو امره بفعل ولم يوعد عليه ولكن في اكبر راي المكره انه لو لم يفعل تحقق ما اوعد
يثبت حكم الاكراه لتحقق الضرورة ولهذا انه لو كان في اكبر رايه انه لو امتنع عن
تناول الميتة وصبر الى ان يلحقه الجوع المهلك لا يزيل عنه الاكراه لا يباح له ان يحل
تناولها[م] لتلك الحالة دل ان العبرة لغالب الراي واكبر الظن دون صورة الايعاد والله
تعالى اعلم **فصل** واما بيان ما يقع عليه الاكراه فنقول وبالله التوفيق
ما يقع عليه الاكراه في الاصل نوعان حسي وشرعي وكل واحد منهما على ضربين
معين ومخير فيه اما الحسي المعين في كونه مكرها عليه فالاكل والشرب
والكفر والشتم والاتلاف والقطع عينا واما الشرعي فالطلاق والعتاق والتدبير
والنكاح والرجعة واليمين والنذر والظهار والايلا والفي في الايلا والبيع
والشرا والهبة والاجارة والابرا عن الحقوق والكفالة بالنفس وتسليم الشفعة
وترك طلبها ونحوها **فصل** واما بيان حكم ما يقع عليه الاكراه فنقول
وبالله التوفيق[م] التصرفات الحسية التي يقع عليها الاكراه في حق احكام الاخرة
ثلاثة انواع نوع هو مباح ونوع هو مرخص ونوع هو حرام ليس بمباح ولا
بمرخص اما النوع الذي هو مباح فهو اكل الميتة والدم ولحم الخنزير وشرب
الخمر اذا كان الاكراه تاما بان كان بوعيد تلف لان هذه الاشيا مما تباح عند
الاضطرار قال الله تعالى الا ما اضطررتم اليه اي دعاكم شدة المجاعة الى اكلها
والاستثنا من التحريم اباحة وقد تحقق الاضطرار بالاكراه فيباح له التناول
بل لا يباح له الامتناع عنه ولو امتنع عنه حتى قتل يواخذ به كما في حالة المخمصة
لانه بالامتناع صار ملقيا نفسه في التهلكة والله تعالى نهانا عن ذلك بقوله ولا
تلقوا بايديكم الى التهلكة وان كان الاكراه ناقصا لا يحل له الاقدام عليه ولا يرخص
ايضا لانه لا يفعله للضرورة بل لدفع الغم عن نفسه فكانت الحرمة بحكمها قايمة
وكذلك لو كان الاكراه بالاجاعة بان قال لتفعلن كذا والا لاجيعنك لا يحل له ان

م وان كان في اكبر رايه انه وان صبر الى تلك الحالة لا يزيل عنه الاكراه يباح له ان يتناولها صح

م اما التصرفات الحسية فيتعلق بها حكمان احدهما يرجع الى الاخرة والثاني يرجع الى الدنيا اما الذي يرجع الى الاخرة فنقول صح

يفعل حتي يجيئه من الجوع ما يخاف منه تلف النفس او العضو لان الضرورة لا تتحقق الا في
تلك الحالة واما النوع الذي هو مرخص فهو اجرا كلمة الكفر علي اللسان مع
اطمينان القلب بالايمان اذا كان الاكراه تامًا وهو محرم في نفسه مع ثبوت
الرخصة في تغيير حكم الفعل وهو المواخذة لا في تغيير وصفه وهو الحرمة لان
كلمة الكفر مما لا تحتمل الاباحة بحال فكانت الحرمة قايمة الا انه سقطت المواخذة
لعذر الاكراه قال الله تعالي من كفر بالله من بعد ايمانه ومن شرح بالكفر صدرا فعليهم
غضب من الله ولهم عذاب عظيم الا من اكره وقلبه مطمين بالايمان علي التقديم
والتاخير في الكلام والله اعلم به والامتناع عنه افضل من الاقدام عليه حتي لو
امتنع فقتل كان ماجورًا لانه جاد بنفسه في سبيل الله تعالي فنرجوا ان يكون له
ثواب المجاهدين بالنفس هنا وقال صلي الله عليه وسلم من قتل مجبرا في نفسه
فهو في ظل العرش يوم القيامة وكذلك التكلم بشتم محمد صلي الله عليه وسلم مع
اطمينان القلب بالايمان والاصل فيه ما روي ان عمار بن ياسر رضي الله عنه لما اكرهه
الكفار ورجع الي رسول الله صلي الله عليه وسلم فقال له ما وراك يا عمار فقال شر
يا رسول الله صلي الله عليك ما تركوني حتي نلت منك فقال صلي الله عليه وسلم ان
عادوا فعد رخص له في اتيان الكلمة بشريطة اطمينان القلب بالايمان حيث
امره بالعود الي ما وجد منه لكن الامتناع عنه افضل لما مر ومن هذا النوع
شتم المسلم لان عرض المسلم حرام التعرض فيه قال النبي صلي الله عليه وسلم كل
المسلم علي المسلم حرام دمه وعرضه وماله الا انه رخص له لعذر الاكراه واثر
الرخصة في سقوط المواخذة دون الحرمة والامتناع عنه حفظا لحرمة المسلم وايثارا
له علي نفسه افضل ومن هذا النوع اتلاف مال المسلم لان حرمة مال المسلم كحرمة
دمه علي لسان رسول الله صلي الله عليه وسلم فلا يحتمل السقوط بحال الا انه رخص له
الاتلاف لعذر الاكراه كحالة المخمصة علي ما نذكر ولو امتنع حتي قتل لا ياثم بل يثاب
لان الحرمة قايمة فهو بالامتناع قضي حق الحرمة وكان ماجورا لا مازورا وكذلك
اتلاف مال نفسه مرخص بالاكراه لكن مع قيام الحرمة حتي انه لو امتنع فقتل لا ياثم
بل يثاب لان حرمة ماله لا تسقط بالاكراه الا تري انه ابيح له الدفع قال النبي صلي الله
صلي الله عليه وسلم قاتل دون مالك وكذا من اصابته المخمصة فسال صاحبه الطعام
فمنعه وامتنع من التناول حتي مات انه لا ياثم لما ذكرنا انه بالامتناع راعي حق الحرمة
هذا اذا كان الاكراه تامًا فان كان ناقصًا من الحبس والقيد والضرب الذي لا يخاف
منه تلف النفس والعضو لا يرخص له اصلا ويحكم بكفره وان قال كان قلبي مطمينا بالايمان

فاثر الرخصة صح

من كفر بالله من بعد ايمانه الا من اكره وقلبه مطمئن بالايمان ولكن من شرح بالكفر صدرًا فعليهم غضب من الله ولهم عذاب عظيم الاية

ولا يصدق في الحكم علي ما نذكر وياثم بشتم المسلم واتلاف ماله لان الضرورة لم تتحقق اذا
كان الاكراه تاما ولكن في اكبر راي المكره ان المكره لا يحقق ما اوعده لا يرخص له الفعل
اصلا ولو فعل ياثم لانعدام تحقق الضرورة لانعدام الاكراه شرعا والله اعلم واما
النوع الذي لا يباح ولا يرخص بالاكراه فهو قتل المسلم بغير حق سوا كان الاكراه ناقصًا
او تامًا لان قتل المسلم بغير حق مما لا يحتمل الاباحة بحال قال الله تعالي ولا تقتلوا
النفس التي حرم الله الا بالحق وكذا قطع عضو من اعضايه والضرب المهلك قال
الله تعالي والذين يوذون المومنين والمومنات بغير ما اكتسبوا فقد احتملوا
بهتانا واثما مبينا وكذا ضرب الوالدين قل او كثر قال الله تعالي ولا تقل لهما اف
والنهي عن التافيف نهي عن الضرب دلالة بالطريق الاولي فكان الحرمة قايمة بحكمها
فلا يرخص الاقدام عليه ولو اقدم ياثم واما ضرب غير الوالدين اذا كان مما لا يخاف
منه التلف كضرب سوط اونحوه فيرجي ان لا يواخذ به وكذا الحبس والقيد لان
ضرره دون ضرر المكره بكثير فالظاهر انه يرضي بهذا القدر من الضرر لاحيا الجنبه
ولو اذن له المكره عليه او قطعه او ضربه فقال للمكره افعل لا يباح له ان يفعل لان
هذا مما لا يباح بالاباحة ولو فعل فهو اثم الا تري انه لو فعل بنفسه اثم فبغيره اولي
وكذا الزنا من هذا القبيل انه لا يباح ~~انه لا يباح~~ ولا يرخص للرجل بالاكراه وان كان تاما
ولو فعل ياثم لان حرمة الزنا ثابتة في العقول قال الله تعالي ولا تقربوا الزنا انه كان
فاحشة في العقل قبل ورود الشرع فلا يحتمل الرخصة بحال كقتل المسلم بغير حق

فدل انه كان فاحشة صح

ولو اذنت المراة به لا يباح ايضا حرة كانت او امة اذن له مولاها لان الفرج لا يباح
بالاباحة واما المراة فيرخص لها لان الذي يتصور منها ليس الا التمكين وهي مع
ذلك مدفوعة اليه وهذا عندي فيه نظر لان فعل الزنا كما يتصور من الرجل
يتصور من المراة الا تري ان الله تعالي سماها زانية الا ان زنا الرجل بالايلاج وزناها
بالتمكين والتمكين فعل منها لكنه فعل سكوت فاحتمل الوصف بالحظر والحرمة
فينبغي ان لا يختلف فيه حكم الرجل والمراة فلا يرخص للمراة كما لا يرخص للرجل
والله اعلم واما الحكم الذي يرجع الي الدنيا في الانواع الثلاثة اما النوع الاول
فالمكره علي الشرب لا يجب عليه الحد اذا كان الاكراه تاما لان الحد شرع للزجر
عن الجناية في المستقبل والشرب خرج من ان يكون جناية بالاكراه وصار مباحًا
بل واجبا علي ما مر وان كان ناقصًا يجب لان الاكراه الناقص لم يوجب تغير الفعل
عما كان عليه قبل الاكراه بوجه ما فلا يوجب تغير حكمه والله اعلم واما النوع
الثاني فالمكره علي الكفر لا يحكم بكفره اذا كان قلبه مطمينا بالايمان بخلاف المكره

انه يحكم بايمانه صح

على الايمان والفرق من وجهين احدهما ان الايمان في الحقيقة تصديق والكفر في الحقيقة
تكذيب وكل ذلك عمل القلب والاكراه لا يعمل على القلب فان كان مصدقا بقلبه كان
مومنا لوجود حقيقة الايمان وان كان مكذبا بقلبه كان كافرا لوجود حقيقة الكفر
الا ان عبارة اللسان جعلت دليلا على التصديق والتكذيب ظاهرا حالة الطوع
وقد بطلت هذه الدلالة بالاكراه فبقي الايمان والكفر منه محتملا وكان ينبغي ان لا يحكم
بالاسلام حالة الاكراه مع الاحتمال كما لم يحكم بالكفر فيها بالاحتمال الا انه يحكم بذلك
لوجهين احدهما انا انما قلنا ظاهرا بايمانه مع الاكراه ليخالط المسلمين فيرى محاسن
الاسلام فيؤول امره الى الحقيقة وان كنا لا نعلم بايمانه لا قطعا ولا غالبا وهذا جائز
الا ترى ان الله تعالى امرنا في النسا المهاجرات بامتحانهن بعد وجود ظاهر الكلمة
منهن بقوله تعالى يا ايها الذين امنوا اذا جاكم المومنات مهاجرات فامتحنوهن
ليظهر لنا ايمانهن بالدليل الغالب بقوله فان علمتموهن مومنات فلا ترجعوهن
الى الكفار كذا ها هنا وهذا المعنى لا يتحقق في الاكراه على الكفر والثاني ان اعتبار الدليل
المحتمل في باب الاسلام يرجع الى اعلا الدين الحق واعتبار الغالب يرجع الى ضده
واعلا الدين الحق واجب قال النبي صلى الله عليه وسلم الاسلام يعلو ولا يعلا فوجب
اعتبار المحتمل دون الغالب اعلا للدين الحق وذلك في الحكم بايمان المكره على الايمان
والحكم بعدم كفر المكره على الكفر والله الموفق ولو اكره على الاسلام فاسلم
ثم رجع يجبر على الاسلام ولا يقتل اي يحبس ولكن لا يقتل والقياس ان يقتل
لوجود الردة منه وهو الرجوع عن الاسلام وجه الاستحسان انا انما قبلنا كلمة
الاسلام منه ظاهرا طمعا للحقيقة ليخالط المسلمين فيرى محاسن الاسلام فينجع
التصديق في قلبه على ما مر فاذا رجع تبين انه لا مطمع لحقيقة الاسلام فيه
وانه على اعتقاده الاول فلم يكن هذا رجوعا عن الاسلام بل اظهارا لما كان في
قلبه من التكذيب فلا يقتل وكذلك الكافر اذا اسلم وله اولاد صغار حتى يحكم
باسلامهم تبعا لابيهم فبلغوا كفارا يجبرون على الاسلام ولا يقتلون لانه لم يوجد
منهم الاسلام حقيقة فلم يتحقق الرجوع عنه والله تعالى اعلم ولو اكره على ان يقر
انه اسلم امس فاقر لا يحكم باسلامه لان الاكراه يمنع صحة الاقرار لما نذكر في
موضعه واذا لم يحكم بكفره باجرا الكلمة لا تثبت احكام الكفر حتى لا تبين منه
امراته والقياس ان يثبت البينونة لوجود سبب الفرقة وهو الكلمة اذ هي
من اسباب الفرقة بمنزلة كلمة الطلاق ثم حكم تلك لا يختلف بالطوع والكره
فكذا حكم هذه وجه الاستحسان ان سبب الفرقة الردة دون نفس الكلمة وانما

الكلمة

بلغ

الكلمة دلالة عليها حال الطوع ولم يبق دليلا حالة الاكراه فلم تثبت الردة فلا تثبت
البينونة ولو قال المكره خطر ببالي في قولي كفرت بالله ان اخبر عن الماضي كاذبا ولم
اكن فعلت لا يصدق في الحكم ويحكم بكفره لانه دعي الى انشا الكفر وقد اخبر انه
اتى بالاخبار وهو غير مكره على الاخبار بل هو طايع فيه ولو قال طابعا كفرت بالله
ثم قال عنيت به الاخبار عن الماضي كاذبا ولم اكن فعلت لا يصدق في القضا
كذا هذا ويصدق فيما بينه وبين الله تعالى لانه يحتمله كلامه وان كان خلاف
الظاهر ولو اكره على الاخبار فيما مضى ثم قال ما اردت به الخبر عن الماضي فهو
كافر في القضا وفيما بينه وبين الله تعالى لانه لم يجبه الى ما دعاه اليه بل اخبر انه
انشا الكفر طوعا ولو قال لم يخطر ببالي شي يحكم بكفره لانه اذا لم يرد به شيا
اخر يحمل على الاجابة الى ظاهر الكلمة مع اطمينان القلب بالايمان فلا يحكم بكفره
وكذلك لو اكره على الصلاة للصليب فقام فصلى يخطر بباله انه يصلي لله وهو
مستقبل القبلة او غير مستقبل القبلة فينبغي ان ينوي بالصلاة ان تكون لله تعالى
فاذا قال نويت به ذلك لم يصدق في القضا ويحكم بكفره لانه اتى بغير ما دعي
اليه فكان طايعا والطايع اذا فعل ذلك وقال نويت به ذلك لا يصدق في القضا
ويحكم بكفره كذا هذا ويصدق فيما بينه وبين الله تعالى لانه ما يحتمله فعله ولو صلى
للصليب ولم يصل لله تعالى وقد خطر بباله ذلك فهو كافر في القضا وفيما بينه وبين
الله تعالى لانه صلى للصليب طايعا مع امكان الصلاة لله تعالى وان كان مستقبل
الصليب وان لم يخطر بباله شي وصلى للصليب ظاهرا وقلبه مطمين بالايمان لا
يحكم بكفره ويحمل على الاجابة الى ظاهر ما دعي اليه مع سكون قلبه بالايمان وكذلك
لو اكره على سب محمد صلى الله عليه وسلم فخطر بباله رجل اخر اسمه محمد فسبه
واخبر بذلك لا يصدق في الحكم ويحكم بكفره لانه اذا خطر بباله رجل اخر فهذا
طايع بسب محمد صلى الله عليه وسلم ثم قال عنيت به غيره فلا يصدق في الحكم
ويصدق فيما بينه وبين الله تعالى لانه يحتمله كلامه ولو لم يقصد بالسب رجلا اخر
فسب النبي صلى الله عليه وسلم فهو كافر في القضا وفيما بينه وبين الله تعالى ولو لم
يخطر بباله شي لا يحكم بكفره ويحمل على جهة الاكراه على ما مر والله اعلم هذا اذا كان
الاكراه على الكفر تاما فاما اذا كان ناقصا يحكم بكفره لانه ليس بمكره في الحقيقة
لانه ما فعله للضرورة بل لدفع الغم عن نفسه ولو قال كان قلبي مطمينا بالايمان لا
يصدق في الحكم لانه خلاف الظاهر كالطايع اذا اجرى الكلمة ثم قال كان قلبي
مطمينا بالايمان ويصدق فيما بينه وبين الله تعالى واما المكره على اتلاف مال

الغير اذا اتلف يجب الضمان على المكرِه دون المكرَه اذا كان الاكراه تامًّا لان المتلف
هو المكرِه من حيث المعنى وانما المكرَه بمنزلة الالة على معنى انه مسلوب الاختيار
وهذا النوع من الفعل مما يمكن تحصيله بالة غيره بان ياخذ المكرِه فيضرب به
على المال فامكن جعله الة المكرِه فكان التلف حاصلا باكراهه وكان
الضمان عليه وان كان الاكراه ناقصًا فالضمان على المكرَه لان الاكراه الناقص
لا يجعل المكرَه الة المكرِه لانه لا يسلب الاختيار اصلا وكان الاتلاف من المكرَه
وكان الضمان عليه وكذلك لو اكره على ان يتلف مال غيره فالضمان عليه لان
هذا النوع من الفعل وهو الاكل مما لا يعمل عليه الاكراه لانه لا يتصور تحصيله
بالة غيره فكان طايعا فيه وكان الضمان عليه ولو اكره على ان ياكل طعام نفسه
فاكل او على ثوب نفسه فلبس حتى تخرق لا يجب الضمان على المكرِه لان الاكراه
على اكل مال الغير لما لم يوجب الضمان على المكرِه فعلى مال نفسه اولى معنا ان
اكل مال نفسه ولبس ثوب نفسه ليس من باب الاتلاف بل هو صرف مال
نفسه الى مصلحة بقايه ومن صرف مال نفسه الى مصلحته لا ضمان على احد
ولو اذن صاحب المال للمكرَه باتلاف ماله من غير اكراه فاتلفه لا ضمان على احد
لان الاذن بالاتلاف يعمل في الاموال لان المال مما يباح بالاباحة واتلاف
مال ما دون فيه لا يوجب الضمان واما النوع الثالث اما المكرَه على القتل فان
كان الاكراه تامًّا فلا قصاص عليه عند ابي حنيفة ومحمد ولكن يعزر ويجب
على المكرِه وعند ابي يوسف لا يجب القصاص عليهما ولكن تجب الدية على المكرِه
وعند زفر يجب القصاص على المكرَه دون المكرِه وعند الشافعي رحمه الله
يجب عليهما وجه قول الشافعي ان القتل اسم لفعل مفض الى زهوق الحياة
عادة وقد وجد من كل واحد منهما الا انه حصل من المكرَه مباشرة ومن
المكرِه تسبيبا فيجب القصاص عليهما جميعا وجه قول زفر ان القتل وجد
من المكرَه حقيقة حسا ومشاهدة وانكار المحسوس مكابرة فوجب
اعتباره منه دون المكرِه اذ الاصل اعتبار الحقيقة لا يجوز العدول عنها الا
بدليل وجه قول ابي يوسف ان المكرَه ليس بقاتل حقيقة بل هو سبب القتل
وانما القاتل هو المكرَه حقيقة ثم لما لم يجب القصاص عليه فلان لا يجب على
المكرِه اولى وجه قول ابي حنيفة ومحمد ما روي عن رسول الله صلى الله عليه
وسلم انه قال عفوت عن امتي الخطا والنسيان وما استكرهوا عليه وعفو
الشي عفو موجبه فكان موجب المستكره عليه معفوا بظاهر الحديث ولان

م ايثار او ارتضاء صح

م ان يلبس صح

القاتل

القاتل هو المكرِه من حيث المعنى وانما الموجود من المكرَه صورة القتل فاشبه الالة اذ
القتل مما يمكن اكتسابه بالة الغير كاتلاف المال ثم المتلف هو المكرِه حتى كان الضمان
عليه وكذا القاتل الا ترى انه اذا اكره على قطع يد نفسه له ان يقتص من المكرِه ولو
كان هو القاطع حقيقة لما اقتص ولان معنى الحياة امر لا بد منه في باب القصاص
قال الله تعالى ولكم في القصاص حياة ومعنى الحياة شرعا واستيفاء لا يحصل بشرع
القصاص في حق المكرَه واستيفائه منه على ما مر في مسايل الخلاف لذلك
وجب على المكرِه دون المكرَه وان كان الاكراه ناقصًا فالقصاص على المكرَه بلا
خلاف لان الاكراه الناقص لا يسلب الاختيار اصلا فلا يمنع وجوب القصاص
وكذلك لو كان المكرَه صبيا او معتوها يعقل ما امره به فالقصاص على المكرِه عند
ابي حنيفة ومحمد لما ذكرنا ولو كان المكرِه صبيا يعقل وهو مطاع او بالغ مختلط
العقل وهو مسلط لا قصاص عليه وعلى عاقلته الدية لان عمد الصبي خطا
ولو قال المكرَه على قتله للمكرِه اقتلني من غير اكراه فقتله لا قصاص عليه عند اصحابنا
الثلاثة لانه لو قتله من غير اذن لا يجب عليه فهذا اولى وعند زفر يجب عليه
القصاص وكذا لا قصاص على المكرِه عندنا وفي وجوب الدية روايتان وموضع
المسالة كتاب الديات ومن الاحكام التي تتعلق بالاكراه على القتل ان المكرَه على
قتل مورثه لا يحرم الميراث عند اصحابنا الثلاثة لما ذكرنا ان الموجود من
المكرَه صورة القتل لا حقيقته بل هو في معنى الالة فكان القتل مضافا الى المكرِه
ولانه قتل لا يتعلق به وجوب القصاص ولا وجوب الكفارة فلا يوجب حرمان
الميراث وعلى قياس قول زفر والشافعي يحرم الميراث لانه يتعلق به وجوب
القصاص واما المكرِه فيحرم عن الميراث عند ابي حنيفة ومحمد والشافعي
رحمهم الله عليهم لوجوب القصاص عليه وعند ابي يوسف وزفر لا يحرم لانعدام
وجوب القصاص عليه والكفارة والله اعلم هذا اذا كان المكرِه بالغا فان كان
صبيا وهو وارث المقتول لا يحرم الميراث لان من شرط كون القتل حارما ان
يكون حراما وفعل الصبي لا يوصف بالحرمة ولهذا اذا قتله بيد نفسه لا يحرم فاذا
قتله بيد غيره اولى ولذلك المكرَه على قطع يد انسان اذا قطع فهو على الاختلاف
الذي ذكرنا في القتل غير ان صاحب اليد اذا اذن المكرَه بقطع يده من غير اكراه
فقطع لا ضمان على احد وفي باب القتل اذا اذن المكرَه على قتله المكرَه بالقتل
فقتل فهو على اختلاف الرواية في وجوب الدية على المكرِه والفرق ان الاطراف
يسلك بها مسلك الاموال في بعض الاحوال والاذن باتلاف المال المحض

م ويحصل لشرعه في حق المكره واستيفائه منه صح

مبيح فالاذن باتلاف ماله حكم المال في الجملة يورث شبهة الاباحة فيمنع
وجوب الضمان بخلاف النفس يدل على التفرقة بينهما انه اذا قال له لتقطعن
يدك والا قتلتك كان في سعة من ذلك ان شاء الله تعالى ولا يسعه ذلك في
النفس والله اعلم واما المكره على الزنا فقد كان ابو حنيفة رحمه الله يقول اولا
اذا اكره الرجل على الزنا يجب عليه الحد وهو القياس لان الزنا من الرجل لا يتحقق
الا بانتشار الالة والاكراه لا يوثر فيه فكان طايعا في الزنا فكان عليه الحد ثم رجع
وقال اذا كان الاكراه من السلطان لا يجب بناء على ان الاكراه لا يتحقق الا من
السلطان عنده وعندهما يتحقق من السلطان وغيره فاذا جا من غير السلطان
لا يجب والفرق لابي حنيفة ما ذكرنا من قبل ان المكره يلحقه الغوث اذا كان
الاكراه من غير السلطان ولا يجد غوثا اذا كان الاكراه منه واما قوله ان الزنا
لا يتحقق الا بانتشار الالة فنعم لكن ليس كل من تنتشر التته يفعل وكان فعله بناء
على اكراهه فيعمل فيه لصيرورته مدفوعا اليه خوفا من القتل فيمتنع وجوب
الحد ولكن يجب العقر على المكره لان الزنا في دار الاسلام لا يخلو عن احد الغرامتين
وانما وجب العقر على المكره دون المكره لان الزنا لا يتصور تحصيله بالة غيره
والاصل ان كل ما يتصور تحصيله بالة الغير فضمانه على المكره وكذلك
المراة اذا اكرهت على الزنا لا حد عليها لانها بالاكراه صارت محمولة على التمكين
خوفا من معرة السيف فيمتنع وجوب الحد عليها كما في جانب الرجل بل
اولى لان الموجود منها ليس الا التمكين ثم الاكراه لما اثر في جانب الرجل فلان
يوثر في جانبها اولى هذا اذا كان اكراه الرجل تاما فاما اذا كان ناقصا
بحبس او قيد او ضرب لا يخاف منه التلف يجب عليه الحد لما مر ان الاكراه
الناقص لا يجعل المكره مدفوعا الى فعل ما اكره عليه فبقي مختارا مطلقا فيواخذ
بحكم فعله واما في حق المراة فلا فرق بين الاكراه التام والناقص ويدرا
الحد عنها في نوعي الاكراه لانه لم يوجد منها فعل الزنا بل الموجود هو
التمكين وقد خرج من ان يكون دليل الرضا بالاكراه فيدرا عنها الحد
هذا الذي ذكرنا اذا كان المكره عليه معينا فاما اذا كان مخيرا فيه بان اكره
على احد فعلين من الانواع الثلاثة غير عين فنقول وبالله التوفيق اما الحكم
الذي يرجع الى الاخرة وهو ما ذكرنا من الاباحة والرخصة والحرمة المطلقة
فلا يختلف التخيير بين المباح والمرخص انه يبطل حكم الرخصة اعني به ان كل
ما يباح حالة التعيين يباح حالة التخيير وكل ما لا يباح ولا يرخص حالة التعيين

م ما يجي من السلطان صح

م وما يتصور تحصيله بالة الغير فضمانه على المكره صح

م بالتخيير الاصح

لا يباح ولا يرخص حالة التخيير وكل ما يرخص حالة التعيين يرخص حالة التخيير الا اذا
كان التخيير بين المباح وبين المرخص وبيان هذه الجملة اذا اكره على اكل ميتة او
قتل مسلم يباح له الاكل ولا يرخص له القتل وكذا اذا اكره على اكل ميتة او اكل ما لا يباح
ولا يرخص حالة التعيين من قطع اليد وشتم المسلم والزنا يباح له الاكل ولا يباح
له شي من ذلك ولا يرخص كما في حالة التعيين ولو امتنع عن الاكل حتى قتل ياثم كما
في حالة التعيين ولو اكره على القتل او الزنا لا يرخص له ان يفعل احدهما ولو امتنع
عن احدهما حتى قتل لا ياثم بل يثاب كما في حالة التعيين ولو اكره على القتل او
اتلاف مال انسان رخص له الاتلاف ولو لم يفعل احدهما حتى قتل لا ياثم بل يثاب
كما في حالة التعيين وكذا اذا اكره على قتل انسان او اتلاف مال نفسه يرخص
له الاتلاف دون القتل كما في حالة التعيين ولو امتنع عنهما حتى قتل لا ياثم وكذا
اذا اكره على القتل او الكفر بالله يرخص له ان يجري كلمة الكفر اذا كان قلبه مطمينا
بالايمان ولا يرخص له القتل ولو امتنع حتى قتل فهو ماجور كما في حالة التعيين
واما اذا اكره على اكل ميتة او الكفر لم يذكر هذا الفصل في الكتاب وينبغي ان لا
يرخص له كلمة الكفر اصلا كما لا يرخص له القتل لان الرخصة في اجرا الكلمة لمكان
الضرورة ويمكنه دفع الضرورة بالمباح المطلق وهو الاكل فكان اجرا الكلمة
حاصلا باختياره مطلقا فلا يرخص له والله اعلم واما الحكم الذي يرجع الى
الدنيا فقد يختلف بالتخيير حتى انه لو اكره على اكل الميتة او قتل المسلم فلم ياكل
وقتل يجب القصاص على المكره لانه يمكنه دفع الضرورة بتناول المباح فكان
القتل حاصلا باختياره من غير ضرورة فيواخذ بالقصاص ولو اكره على القتل
او الكفر فلم يات بالكلمة وقتل القياس ان يجب القصاص على المكره لانه مختار
في القتل حيث اثر الحرام المطلق على المرخص فيه وفي الاستحسان انه لا قصاص
عليه ولكن تجب الدية في ماله ان لم يكن عالما ان لفظ الكفر مرخص منهم من
استدل بهذه اللفظة على انه لو كان عالما ومع ذلك تركه وقتل يجب القصاص
على المكره لانه اخرجها مخرج الشرط ومنهم من قال لا يجب علم او لم يعلم وجه
الاستحسان ما ذكر في الكتاب ان امر الرجل محمول على انه ظن ان اجرا كلمة الكفر
على اللسان اعظم حرمة من القتل فاورث شبهة الرخصة في القتل والقصاص
لا يجب مع الشبهات حتى لو كان عالما يجب القصاص عند بعضهم لانعدام الظن
المورث للشبهة وعند بعضهم لا يجب لانه وان علم بالرخصة فقد استعظم حرف
الكفر بالامتناع عنه فجعل استعظامه شبهة دارية للقصاص والله اعلم

م هذا صح

وانما وجبت الدية في ماله لا على العاقلة لانه عمد وقد قال النبي صلى الله عليه وسلم لا
تعقل العاقلة عمدا ولا يرجع على المكره لان القتل حصل باختياره ولا يملك
الرجوع عليه ولو اكره على القتل او الزنا فزنا القياس ان يجب عليه الحد وفي
الاستحسان يدرا عنه لما مر ولو قتل لا يجب القصاص على المكره ولكنه يودب
بالحبس والتعزير ويقتص من المكره كما في حالة التعيين على ما مر والله اعلم
هذا اذا كان الاكراه على الافعال الحسية فاما اذا كان على التصرفات الشرعية
فنقول وبالله التوفيق التصرفات الشرعية في الاصل نوعان انشا واقرار والانشا
نوعان نوع لا يحتمل الفسخ ونوع يحتمله اما الذي لا يحتمل الفسخ فالطلاق
والعتاق والنكاح والرجعة واليمين والنذر والظهار والايلا والفي في
الايلا والتدبير والعفو عن القصاص وهذه التصرفات جايزة مع الاكراه عندنا
وعند الشافعي لا تجوز واحتج بما روي عن رسول الله صلى الله عليه وسلم انه قال
عفوت عن امتي الخطا والنسيان وما استكرهوا عليه فلزم ان يكون حكم
كلما استكره عليه عفوا ولان القصد الى ما وضع له التصرف شرط جوازه
ولهذا لا يصح تصرف الصبي والمجنون وهذا الشرط يفوت بالاكراه لان المكره
لا يقصد بالتصرف ما وضع له وانما يقصد دفع معرة السيف عن نفسه
ولنا ان عمومات النصوص واطلاقها يقتضي شرعية هذه التصرفات
من غير تخصيص وتقييد اما الطلاق فلقوله تعالى فطلقوهن لعدتهن
وقوله صلى الله عليه وسلم كل طلاق جايز الا طلاق الصبي والمعتوه ولان
الفايت بالاكراه ليس الا الرضا طبعا وانه ليس بشرط لوقوع الطلاق فان
طلاق الهازل واقع وليس براض به طبعا وكذلك الرجل قد يطلق امراته
الفايقة حسنا وجمالا الرايقة تغنجا ودلالا لخلل في دينها وان كان لا
يرضى به طبعا ويقع الطلاق عليها واما الحديث فقد قيل ان المراد منه
الاكراه على الكفر لان القوم كانوا حديث العهد بالاسلام وكان الاكراه
على الكفر ظاهرا يومئذ وكان يجري على السنتهم كلمات الكفر خطا وسهوا
فعفى الله تعالى ذلك عن هذه الامة على لسان رسول الله صلى الله عليه وسلم
معما انا نقول بموجب الحديث ان كل مستكره عليه معفو عن هذه الامة
لكنا لا نسلم ان الطلاق والعتاق وكل تصرف قولي مستكره عليه وهذا لان
الاكراه لا يعمل على الاقوال كما يعمل على الاعتقادات لان احدا لا يقدر على
استعمال لسان غيره بالكلام على تغيير ما يعتقده بقلبه جبرا فكان كل متكلم

م كله صح

مختارا فيما يتكلم به فلا يكون مستكرها عليه حقيقة فلا يتناوله وقوله القصد الى ما
وضع له التصرف شرطا اعتبار التصرف قلنا هذا باطل بطلاق الهازل ثم ان كان
شرطا فهو موجود هاهنا لانه قاصد دفع الهلاك عن نفسه ولا يندفع عنه
الا بالقصد الى ما وضع له فكان قاصدا اليه ضرورة ثم لا يخلوا اما ان اكره على
تنجيز الطلاق او على تعليقه بشرط او على تحصيل الشرط الذي علق به وقوع
الطلاق وحكم الجواز لا يختلف في نوعي التنجيز والتعليق وحكم الضمان يتفق مرة
ويختلف اخرى وسنذكر تفصيل هذه الجملة في فصل الاكراه على الاعتاق ان شا
الله تعالى وانما نذكر هاهنا حكم جواز التطليق المنجز فنقول اذا جاز طلاق
المكره فان كان قبل الدخول بها يجب عليه نصف المفروض ان كان المهر مفروضا
والمتعة اذا لم يكن مفروضا لان هذا حكم الطلاق قبل الدخول ويرجع به على
المكره لانه هو الذي دفعه الى مباشرة سببه وهو الطلاق فكان مدار الضمان
عليه وان كان بعد الدخول بها يجب عليه كمال المهر ولا سبيل له على المكره لان
المهر يتاكد باستيفا منفعة البضع على وجه لا يحتمل السقوط وهو الذي استوفى
المبدل باختياره فعليه تسليم البدل والله تعالى اعلم وكذلك اذا كان الاكراه
ناقصا لا سبيل له على المكره لانه لا يخل باختيار المكره اصلا على ما مر هذا اذا
كان الاكراه على الطلاق فاما اذا كان الاكراه على التوكيل بالطلاق ففعله
الوكيل فحكمه يذكر في فصل الاكراه على الاعتاق ان شا الله تعالى فاما العتاق
فلما روي ان رجلا جا الى النبي صلى الله عليه وسلم وقال علمني عملا يدخلني الجنة
فقال اعتق النسمة وفك الرقبة فقال اوليسا واحدا فقال لا عتق النسمة
ان تفرد بعتقها وفك الرقبة ان تعين في عتقها وغيرها من الاحاديث التي فيها
ندب الى الاعتاق من غير فصل بين المكره والطايع ولان الاعتاق تصرف
قولي فلا يظهر فيه الاكراه كالطلاق ثم لا يخلوا اما ان كان الاكراه على تنجيز
العتق او على تعليقه بشرط او على شرط العتق المعلق به اما اذا اكرهه على
تنجيز العتق فاعتق يضمن المكره قيمة العبد موسرا كان او معسرا ولا يرجع
المكره على العبد بالضمان ولا سعاية على العبد والولا لمولاه اما وجوب الضمان
على المكره فلان العبد ادمي هو مال والاعتاق اتلاف المالية والاموال مضمونة
على المكره بالاتلاف فكان الضمان على المكره كما في ساير الاموال ويستوي فيه
يساره واعساره لان ضمان الاتلاف لا يختلف باليسار والاعسار ولا يرجع على
العبد بالضمان لان سبب وجوب الضمان منه باختياره فلا معنى للرجوع الى غيره

الحديث صح

التنجيز م

فلا يؤثر ك

والولا للمكره لان الاعتاق من حيث هو مضاف الى المكره لاستحالة ورود الاكراه على
الاقوال وكان الولا له ولا سعاية على العبد لان العبد انما يستسعى اما لتخرجه الى
العتق تكميلا له واما لتعلق حق الغير به وقد عتق كله فلا حاجة الى التكميل
وكذا لا حق لاحد تعلق به فلا سعاية عليه ولو اكره على شرا ذي رحم محرم منه
عتق عليه لان شرا القريب اعتاق بالنص والاكراه لا يمنع جواز الاعتاق ولكن لا يرجع
المكره ها هنا بقيمة العبد لانه حصل له عوض وهو صلة الرحم ولو كان العبد
مشتركا بين اثنين فاكره احدهما على اعتاقه فاعتقه جاز عتقه لما ذكرنا
ان الاكراه لا يمنع جواز الاعتاق لكن يعتق نصيبه عند ابي حنيفة رحمه الله وعندهما
يعتق كله بنا على ان الاعتاق يتجزى عنده وعندهما لا يتجزى ولا يضمن الشريك
المكره للشريك الاخر نصيبه ولكن يضمن المكره نصيب المكره لان الاعتاق
من حيث هو اتلاف المال مضاف الى المكره وكان المتلف من حيث المعنى هو
المكره فكان الضمان عليه سوا كان موسرا او معسرا وهذا بخلاف حالة الاختيار
اذا اعتقه احد الشريكين انه لا يضمن لشريكه الساكت اذا كان المعتق معسرا
وها هنا يضمن موسرا كان او معسرا لان الضمان الواجب على المكره ضمان
اتلاف على ما مر والاصل ان ضمان الاتلاف لا يختلف باليسار والاعسار
والواجب على احد الشريكين حالة الاختيار ليس بضمان اتلاف لانعدام الاتلاف
منه في نصيب شريكه اما على اصل ابي حنيفة فظاهر لانه لا يعتق نصيب شريكه
واما على اصلهما وان عتق لكن لا باعتاقه لان اعتاقه تصرف في ملك
نفسه الا انه عتق نصيب شريكه عند تصرفه لا بتصرفه فلا يكون
مضافا اليه كمن حفر بيرا في داره لا يجب عليه الضمان الا ان وجوب الضمان
على احد الشريكين حالة الاختيار عرف شرعا والشرع ورد به على
الموسر فيقتصر على مورد الشرع وشريك المكره بالخيار ان شا اعتق
نصيبه وان شا دبره وان شا كاتبه وان شا استسعاه موسرا كان المكره
او معسرا وان شا ضمن المكره ان كان موسرا وان اختار تضمين المكره فالولا
بين المكره والمكره لانه انتقل نصيبه اليه باختيار الضمان وان اختار الاعتاق
او السعاية فالولا بينه وبين شريكه وهذا قول ابي حنيفة رحمه الله وعندهما
ان كان المكره موسرا فللشريك المكره ان يضمنه لا غير وان كان معسرا فله
ان يستسعي العبد لا غير كما في حالة الاختيار وموضع المسلة كتاب العتاق
وانما ذكرنا بعض ما يختص بالاكراه والله اعلم واما التدبير فلان التدبير تحرير

على المكره صح

نفسه فوقع فيها غيره او سقى ارض نفسه فنشف فارض غيره حتى صح

قال

قال النبي صلى الله عليه وسلم المدبر لا يباع ولا يوهب وهو حر من الثلث الا انه للحال
تحرير من وجه والاكراه لا يمنع نفاذ التحرير من كل وجه فلا يمنع نفاذ
التحرير من وجه بالطريق الاولى ويرجع المكره على المكره للحال بما نقصه
التدبير وبعد موته يرجع ورثته على المكره ببقية قيمته لان التدبير للحال
اثبات الحرية من وجه وانما تثبت الحرية من كل وجه في اخر جزء من اجزاء
حياته فكان الاكراه على التدبير اتلافا لمال المكره للحال من وجه فيضمن قدره
من النقصان ثم يتكامل الاتلاف في اخر جزء من اجزاء حياته فيتكامل الضمان
عند ذلك وذلك بقية قيمته فاذا مات المكره صار ذلك ميراثا لورثته فكان
لهم ان يرجعوا به على المكره والله تعالى اعلم هذا اذا اكره على تنجيز العتق فاما اذا
اكره على تعليقه بشرط اما حكم الجواز فلا يختلف في النوعين لما ذكرنا واما
حكم الضمان فقد يختلف بيان ذلك اذا اكره على تعليق العتق بفعل نفسه فانه
ينظر فان كان فعلا لا بد منه بان كان مفروضا عليه او يخاف من تركه الهلاك
على نفسه كالاكل والشرب ففعله حتى ~~هلك~~ عتق يرجع بالضمان على المكره
لان الاكراه على تعليق العتق بفعل لا بد له منه اكراه على ذلك الفعل فكان مضافا
الى المكره وان كان فعلا له منه بد كتقاضي دين الغريم او تناول شي له منه
بد ففعل حتى عتق لا يرجع بالضمان على المكره لانه اذا كان له منه بد لا يكون
مضطرا الى تحصيله اذ لا يلحقه بتركه كبير ضرر فاشبه الاكراه الناقص
فلا يكون الاكراه على تعليق العتق به اكراها عليه فلا يكون تلف المال مضافا
الى المكره فلا يرجع عليه بالضمان ولو اكره على ان يقول كل مملوك املكه
فيما استقبله فهو حر فقال ذلك ثم ملك مملوكا حتى عتق عليه فان ملك
بشرا او هبة او صدقة او وصية فلا ضمان على المكره لانه انما ملكه باختياره
فينقطع اضافة ~~الاكراه~~ الاتلاف الى المكره وان ملك بارث فكذلك في القياس
وفي الاستحسان يضمن لانه لا صنع للمكره في الارث فبقي الاتلاف مضافا
الى المكره ولو اكره على ان يقول لعبده ان شيت فانت حر فقال شيت حتى
عتق ضمن المكره لان مشية ~~المكره~~ العتق توجد غالبا فاشبه التعليق
بفعل لا بد منه وكان الاكراه على الاعتاق اكراها عليه هذا اذا اكره على تعليق
العتق بالشرط فاما اذا اكره على تحصيل الشرط الذي علق به العتق عن طوع
بان قال رجل لعبد ان ملكتك فانت حر فاكره على الشرا فاشتراه حتى عتق
لا يرجع على المكره بشي لان العتق لم يثبت بالشرط وهو الشرا وانما يثبت

بالكلام السابق وهو طايع فيه وكذا اذا قال لعبده ان دخلت الدار فانت حر
فاكره على الدخول حتى عتق لا ضمان على المكره لما ذكرنا ثم انما يضمن المكره في
جميع ما وصفنا اذا كان الاكراه تاما فاما اذا كان ناقصا فلا ضمان لما مر
ان الاكراه الناقص لا يقطع الاضافة عن المكره بوجه فلا يوجب الضمان
على المكره والله اعلم هذا الذي ذكرنا اذا اكره على الاعتاق والطلاق
عينا فاما اذا اكره على احدهما غير عين بان اكره على ان يعتق عبده
او يطلق امراته فان لم تكن المراة مدخولا بها ففعل المكره احدهما غرم
المكره الاقل من قيمة العبد ومن نصف مهر المراة اما اذا فعل
اقلهما ضمانا فظاهر لانه اتلف عليه الا هذا القدر وكذلك اذا فعل اكثرهما (م ما صح)
ضمانا لانه امكنه دفع الضرورة باقل الفعلين ضمانا فاذا فعل اكثرهما
ضمانا كان مختارا في الزيادة لانعدام الاضطرار في هذا القدر فلا يكون تلف هذا
القدر مضافا الى المكره وان كانت المراة مدخولا بها ففعل المكره احدهما
لا شي على المكره اما اذا طلق فظاهر لان الطلاق بعد الدخول لا يوجب الضمان
على المكره لما ذكرنا من قبل وكذلك اذا اعتق لانه امكنه دفع الضرورة
بما لا يتعلق به ضمان اصلا وهو الطلاق فكان مختارا في الاعتاق فلا يكون
الاتلاف مضافا الى المكره فلا يضمن وكذلك اذا كانت المراة غير مدخول
بها ولكن الاكراه ناقص ففعل المكره احدهما لا ضمان على المكره لما مر ان
الاكراه الناقص لا يقطع اضافة الفعل الى المكره لان الضرورة لا تتحقق به
فكان مختارا مطلقا فيه فلا يواخذ به المكره هذا اذا اكره على الاعتاق
فاما اذا اكره على التوكيل بالاعتاق فوكل غيره به ففعل الوكيل فالقياس ان
لا يصح التوكيل ولا يجوز اعتاق الوكيل لان التوكيل تصرف يحتمل الفسخ
فاشبه البيع ولهذا يبطله الهزل كالبيع فلا يصح مع الاكراه كما لا يصح البيع
وفي الاستحسان يجوز لان الاكراه لا يمنع صحة الاعتاق فلا يمنع صحة التوكيل
بالاعتاق بخلاف البيع فان الاكراه يمنع صحة البيع فيمنع صحة التوكيل به
واما قوله انه يحتمل الفسخ والهزل فنعم لكن تصرف قولي فلا يعمل عليه
الاكراه كما لا يعمل على الاعتاق والطلاق والعتاق والنكاح ونحوها بخلاف
البيع فانه اسم للمبادلة حقيقة وحقيقة المبادلة بالتعاطي وانما الايجاب
والقبول دليل عليه حالة الطوع فيعمل عليه الاكراه على ما نذكره في موضعه ان
شاء الله تعالى واذا نفذ اعتاق الوكيل يرجع المكره على المكره بقيمة العبد (م عليه صح)

استحسانا

استحسانا والقياس ان لا يرجع لان الموجود من المكره الاكراه على التوكيل بالاعتاق لا على
الاعتاق وانما الاعتاق حصل باختيار الوكيل برضاه فلا يكون مضافا الى المكره كشهود
التوكيل بالاعتاق اذا رجعوا لا يضمنون لانهم شهدوا بالوكالة لا بالاعتاق كذا
ها هنا وجه الاستحسان ان الاكراه على التوكيل بالاعتاق اكراه على الاعتاق لانه اذا
وكل بالاعتاق ملك الوكيل اعتاقه عقيب التوكيل بلا فصل فيعتقه فيتلف ماله
وكان الاتلاف مضافا الى المكره فيواخذ بضمانه ولا ضمان على الوكيل لانه فعله
بامره امرا صحيحا وان كان الاكراه ناقصا فلا ضمان على المكره لما مر غير مرة واما
النكاح فلعموم قوله تعالى وانكحوا الايامى منكم وغيره من عمومات النكاح من
غير تخصيص ولان النكاح تصرف قولي فلا يوثر فيه الاكراه كالطلاق والعتاق
ثم اذا جاز النكاح مع الاكراه فلا يخلو اما ان اكره الزوج او المراة فان اكره الزوج فلا
يخلو اما ان يكون المسمى في النكاح مقدار مهر المثل واما ان يكون اقل من مهر المثل
واما ان يكون اكثر منه فان كان المسمى قدر مهر المثل او اقل منه يجب المسمى ولا يرجع
به على المكره لانه ما اتلف عليه ماله حيث عوضه لان منافع البضع جعلت اموالا (م بمثله صح)
متقومة شرعا عند دخولها في ملك الزوج لكونها سببا لحصول الادمي تعظيما
للادمي وصيانة له عن الابتذال واذا لم يوجد الاتلاف فلا يجب عليه الضمان
وان كان المسمى اكثر من مهر المثل يجب قدر مهر المثل وتبطل الزيادة لان تسمية
الزيادة على قدر مهر المثل لم تصح مع الاكراه فبطلت وجعل كانه لم يفرض الا قدر
مهر المثل وهذا لان الاكراه وقع على النكاح وعلى ايجاب المال الا ان الاكراه لا يوثر
في النكاح ويوثر في ايجاب المال كما يوثر في الاقرار بالمال فكان ينبغي ان لا يصح
تسمية المهر اصلا الا انها صحت في قدر مهر المثل شرعا لان الشرع لو ابطل
هذا القدر لاثبته ثانيا فلم يكن الابطال مفيدا فلم يبطل لئلا يخرج الابطال
مخرج العبث ولا ضرورة في الزيادة فلا يصح تسميتها هذا اذا اكره الزوج على النكاح
فاما اذا اكرهت المراة فان كان المسمى في النكاح قدر مهر المثل او اكثر منه جاز
النكاح ولزم وان كان المسمى اقل من مهر المثل فان اكرهت على النكاح بالف درهم
ومهر مثلها عشرة الاف فزوجها اولياؤها وهم مكرهون جاز النكاح لما ذكرنا
وليس للمراة على المكره من مهر مثلها شي لان المكره ما اتلف عليها لان منافع البضع (م ما لا صح)
ليست متقومة بانفسها وانما تصير متقومة بالعقد والعقد قومها بالقدر
المسمى فلم يوجد من المكره اتلاف مال متقوم عليها فلا يجب عليه الضمان
ولا يجب الضمان على الشهود ايضا لانه لما لم يجب على المكره على الشهود اولى (م فلان لا يجب صح)

ثم ينظر ان كان الزوج كفوا يقال للزوج ان شئت فكمل لها مهر المثل والا فيفرق
بينكما فان فعل لزم النكاح وان ابى تكميل مهر المثل يفرق بينهما ان لم ترض
بالنقصان لان لها في كمال مهر مثلها حقا لانها تعير بنقصان مهر المثل فيلحقها
ضرر العار واذا فرق بينهما قبل الدخول بها لا شي على الزوج لان الفرقة جاءت
من قبلها قبل الدخول بها ولو رضيت بالنقصان صريحا او دلالة بان دخل بها عن
طوع منها فلها المسمى وبطل حقها في التفريق لكن بقي حق الاولياء فيه عند ابي
حنيفة رحمه الله فلهم ان يفرقوا وعندهما ليس للاولياء حق التفريق لنقصان المهر
على ما عرف في كتاب النكاح ولو دخل بها على كره منها لزمه تكميل مهر المثل
لان ذلك دلالة اختيار التكميل وان لم يكن الزوج كفوا فللمراة خيار التفريق
لانعدام الكفاة ولنقصان مهر المثل ايضا وكذلك للاولياء عند ابي حنيفة وعندهما
لهم خيار عدم الكفاة اما لا خيار لهم لنقصان مهر المثل فان سقط احد الخيارين
عنها بقي لها حق التفريق لبقا الخيار الاخر وان سقط الخياران جميعا فللاولياء
خيار عدم الكفاه بالاجماع وفي خيار نقصان المهر خلاف على ما عرف حتى ان
الزوج اذا دخل بها قبل التفريق على كره منها حتى لزمه التكميل بطل خيار
النقصان وبقي لها خيار عدم الكفاه ولو رضيت بعدم الكفاه ايضا صريحا او
دلالة بان دخل بها الزوج على طوع منها سقط الخياران جميعا وبطل حقها في
التفريق اصلا لكن للاولياء الخياران جميعا وعندهما احدهما دون الاخر ولو
فرق بينهما قبل الدخول بها لا شي على الزوج لان الفرقة ما جاءت من قبله بل [من صح] قبل
غيره فلا يلزمه شي واما الرجعة فلعموم قوله تعالى وبعولتهن احق بردهن
عاما من غير تخصيص ولان الرجعة لا تخلو من ان تكون بالقول او بالفعل
وهو الوطي والمس عن شهوة والنظر الى الفرج عن شهوة والاكراه لا يعمل على
النوعين فلا يمنع جوازها واما اليمين والنذر بان اكره على ان يوجب على
نفسه صدقة او حجا او شيا من وجوه القرب والظهار والايلا والفي في
الايلا فللعمومات الواردة في هذه الابواب من غير تخصيص الطايع قال الله
تعالى لا يواخذكم الله باللغو في ايمانكم ولكن يواخذكم بما عقدتم الايمان فكفارته
وقال تعالى وليوفوا نذورهم وقال يا ايها الذين امنوا اوفوا بالعقود اي
بالعهود ولان النذر يمين وكفارته كفارة اليمين على لسان رسول الله صلى الله
عليه وسلم وقال تعالى والذين يظاهرون من نسائهم وقال للذين يولون
من نسائهم تربص اربعة اشهر فان فاءوا فان الله غفور رحيم وان عزموا الطلاق

فان الله

فان الله سميع عليم ولان هذه تصرفات قولية وقد مر ان الاكراه لا يعمل على الاقوال
والفي في الايلا في حق القادر بالجماع وفي حق العاجز بالقول والاكراه لا يوثر في
النوعين جميعا فكان طايعا في الفي فتلزمه الكفارة ولا يرجع المكره بما لزمه في
هذه التصرفات من الكفارة والفدية والمنذور بها على المكره لان الكفارة
وجبت على المكره على سبيل التوسع وكذا المنذور به لان الامر بهما مطلق عن
الوقت وهما مما لا يجبر على فعلهما ايضا فلو وجب على المكره لكان لا يخلو من
ان يجب عليه على الوجه الذي وجب على المكره او لا على الوجه الذي وجب عليه
ولا سبيل الى الاول لان الايجاب على هذا الوجه لا يفيد المكره شيا فلا معنى
لرجوعه عليه ولا سبيل الى الثاني لانه يودي الى تغيير المشروع من وجهين
احدهما جعل الموسع مضيقا والثاني جعل ما لا يجبر على فعله مجبورا على فعله
وكل ذلك تغيير ولا يجوز تغيير المشروع من وجه فكيف يجوز من وجهين
وكذا في الايلا اذا لم يقربها حتى بانت بتطليقة لا يرجع بما لزمه على المكره
لانه انما لزمه بترك القربان وهو مختار في تركه لانه يمكنه ان لا يفي بها في
المدة حتى لا تبين فلا ملزمه فاذا لم يقرب كان ترك القربان حاصلا باختياره
فلا يكون مضافا الى المكره والله تعالى اعلم ولو اكره على كفارة اليمين لم يرجع على
المكره بما لزمه بفعله ولو اكره على ان يعتق عبده عن ظهاره ينظر ان كانت
قيمته قيمة عبد وسط لا يرجع على المكره بشي لان ذلك وجب عليه بفعله
فلا يرجع به عليه وان كانت قيمته اكثر من ذلك يرجع عليه بالزيادة لانه اتلف
ذلك القدر عليه لان الزيادة على عبد وسط لا تجب عليه بالظهار ولا يجزيه
عن الظهار لانه اعتاق دخله عوض والاعتاق بعوض وان قل لا يجزي عن
التكفير واما العفو عن دم العمد فلعموم قوله تعالى فمن تصدق به فهو
فهو كفارة له وقوله به اي بالقصاص لانه اقرب المذكور والتصدق
بالقصاص هو العفو وقوله تعالى وان تعفوا اقرب للتقوى ولا تنسوا الفضل
بينكم فقد ندب الى العفو عاما ولانه تصرف قولي فلا يوثر فيه الاكراه ولا
ضمان على المكره لانه لم يوجد منه اتلاف المال لان القصاص ليس بمال
ولهذا لا يجب الضمان على شهود العفو اذا رجعوا والله اعلم واما
النوع الذي يحتمل الفسخ فالبيع والشرا والهبة والاجارة ونحوها فالاكراه
يوجب فساد هذه التصرفات عند اصحابنا الثلاثة وعند زفر يوجب توقفها

على الاجازة كبيع الفضولي وعند الشافعي رحمه الله يوجب بطلانها اصلاً ووجه
قولهما ان الرضا شرط البيع شرعاً لقوله تعالى الا ان تكون تجارة عن تراض منكم
والاكراه يسلب الرضا يدل عليه انه لو اجاز المالك يجوز والبيع الفاسد لا يحتمل
الجواز بالاجازة كساير البياعات الفاسدة فاشبه بيع الفضولي وهذه شبهة
زفر ولنا ظواهر نصوص البيع عاماً مطلقاً من غير تخصيص وتقييد ولان
ركن البيع وهو المبادلة صدر مطلقاً من اهل البيع في محل مال هو مملوك البايع فيفيد
الملك عند التسليم كما في ساير البياعات الفاسدة ولا فرق سوى ان المفسد هناك
مكان الجهالة او الربا او غير ذلك وهنا الفساد لعدم الرضا طبعاً فكان الرضا طبعاً
شرط الصحة لا شرط الحكم وانعدام شرط الصحة لا يوجب انعدام الحكم كما في ساير
البياعات الفاسدة الا ان ساير البياعات لا تلحقها الاجازة لان فسادها لحق الشرع
من حرمة الربا ونحو ذلك ولا يزول برضا العبد وهاهنا الفساد لحق العبد وهو
عدم رضاه فيزول باجازته ورضاه واذا فسد البيع والشرا بالاكراه فلا بد من بيان
ما يتعلق به من الاحكام في الجملة والجملة فيه ان الامر لا يخلو من ثلثة اوجه اما
ان كان المكره هو البايع واما ان كان هو المشتري واما ان كانا جميعاً مكرهين فان
كان المكره هو البايع فلا يخلو الامر فيه من وجهين اما ان كان مكرهاً على البيع
طايعاً في التسليم [2] فباع مكرهاً وسلم طايعاً جاز لان البيع في الحقيقة اسم للمبادلة فاذا
سلم طايعاً فقد اتى بحقيقة البيع باختياره فيجوز بطريق التعاطي وكل ما اتى به من
لفظ البيع بالاكراه وجوده وعدمه سوا بمنزلة واحدة لا ان يكون التسليم منه طايعاً
اجازة لذلك البيع بل يكون هذا بيعاً مبتداءً بطريق التعاطي والثاني ان التسليم منه
اجازة لذلك البيع لانه ليس من شرط صحة البيع التسليم حتى يكون الاكراه على البيع
اكراهاً على ما لا صحة له بدونه اذ البيع يصح بدون التسليم فكان طايعاً في التسليم
فصلح ان يكون دليل الاجازة بخلاف المكره على الهبة او الصدقة اذا سلم طايعاً انه
لا يجوز ولا يكون التسليم اجازة لان القبض شرط لصحتهما الا ترى انهما لا يصحان
بدون القبض فكان الاكراه عليهما اكراهاً على القبض فلم يصلح التسليم دليلا على
الاجازة فهو الفرق هذا اذا كان مكرهاً على البيع طايعاً في التسليم فاما اذا كان مكرهاً
عليهما جميعاً فباع مكرهاً وسلم مكرهاً كان البيع فاسداً لان حقيقة البيع هو المبادلة
والاكراه يؤثر فيهما بالفساد ويثبت الملك للمشتري لما قلنا حتى لو كان المشتري
عبداً فاعتقه نفذ اعتاقه وعليه قيمة العبد لان بالاعتاق تعذر عليه الفسخ اذ

[2] واما ان كان مكرهاً على البيع والتسليم جميعاً فان كان مكرهاً على البيع طايعاً في التسليم صح

الاعتاق

الاعتاق مما لا يحتمل الفسخ فتقرر الهلاك فتقرر عليه القيمة وكان له ان يرجع
بقيمة العبد عليه كالبايع والمكره بالخيار ان شا رجع على المكره بقيمته ثم المكره
يرجع على المشتري وان شا رجع على المشتري اما حق الرجوع على المكره فلانه
اتلف عليه ماله بازالة يده عنه فاشبه الغاصب فيرجع عليه بضمان ما اتلفه
كالغاصب ثم يرجع بما ضمنه على المشتري لانه ملكه باداء الضمان فنزل منزلة
البايع واما حق الرجوع على المشتري فلانه في حق البايع بمنزلة غاصب الغاصب
وللمالك ولاية تضمين غاصب الغاصب كذا هذا ولو اعتقه المشتري ~~عبد لو اعتقه~~
قبل القبض لا ينفذ اعتاقه لان البيع الفاسد لا يفيد الملك قبل القبض والاعتاق
لا ينفذ في غير الملك فان اجاز البايع البيع بعد الاعتاق نفذ البيع ولم ينفذ
الاعتاق وهذه المسألة من حيث الظاهر تدل على ان الملك يثبت بالاجازة
وكانت الاجازة في حكم الانشا لكنا نقول ان الملك الظاهر يثبت بالبيع السابق
عند الاجازة بطريق الاستناد والمستند مقتصر من وجه ظاهر من وجه
فجاز ان لا يظهر في حق المعلق بل يقتصر وللبايع خيار الفسخ والاجازة في
هذا البيع قبل القبض وبعده لان الملك وان ثبت بعد القبض لكنه غير
لازم لاجل الفساد فيثبت له خيار الفسخ والاجازة قبل القبض وبعده رفعاً
للفساد واما المشتري فله حق الفسخ قبل القبض لانه لا حكم لهذا البيع قبل
القبض وليس له حق الفسخ فليس له حق الفسخ بعد القبض لانه طايع في الشرا
وكان لازماً في جانبه لكن انما يملك البايع فسخ هذا العقد اذا كان يحتمل الفسخ
فاما اذا لم يمكن بان تصرف المشتري تصرفاً لا يحتمل الفسخ كالاعتاق والتدبير
والاستيلاد لا يملك الفسخ وتلزمه القيمة وان تصرف تصرفاً يحتمل الفسخ كالبيع
والاجارة والكتابة ونحوها يملك الفسخ بخلاف ساير البياعات الفاسدة لان
تصرف المشتري بازالة الملك يوجب بطلان حق الفسخ اي تصرف كان
ووجه الفرق ان حق الفسخ هناك ثبت لمعنى يرجع الى المملوك من الزيادة
والجهالة ونحو ذلك وقد زال ذلك المعنى بزوال المملوك عن ملك المشتري
فبطل حق الفسخ فاما هاهنا ~~انما ثبت~~ حق الفسخ انما ثبت لمعنى يرجع الى المالك
وهو كراهيته وفوات رضاه وانه قايم فكان حق الفسخ ثابتاً وكذلك لو باعه
المشتري حتى تداولته الايدي له ان يفسخ العقود كلها لما ذكرنا وكذلك انما
يملك الاجازة اذا كان يحتمل الاجازة فاما اذا لم يمكن بان تصرف المشتري تصرفاً
لا يحتمل الفسخ لا تجوز اجازته حتى لا يجب الثمن على المشتري بل يجب عليه قيمة

[الثاني صح]

العبد لان قيام المحل وفنا الاجازه شرط لجواز الاجازة لان الحكم يثبت في المحل
ثم يستند والهالك لا يحتمل الملك فلا يحتمل الاجازة والمحل بالاعتاق صار في حكم
الهالك وتقرر هلاكه لانه لا يحتمل الفسخ فيتقرر على المشتري قيمته وان تصرف
تصرفا يحتمل الفسخ كالبيع ونحوه يملك الاجازة وان تداولته الايدي واذا اجاز
واحدا من العقود جازت العقود كلها ما بعد هذا العقد وما قبله ايضا بخلاف
الغاصب اذا باع المغصوب ثم باعه المشتري هكذا حتى تداولته الايدي وتوقفت
العقود كلها فاجاز المالك واحدا منها ايها كان يجوز ذلك العقد خاصة دون
غيره ولو لم يجز المالك شيا من العقود ولكنه ضمن واحدا منهم يجوز ما بعد
عقده دون ما قبله والفرق ان في باب الغصب لم ينفذ شي من العقود بل يوقف
نفاذ الكل على الاجازة وكانت الاجازة شرط النفاذ فينفذ ما لحقه الشرط
دون غيره اما ها هنا فالعقود ما توقف نفاذها على الاجازة لوقوعها نافذة
قبل الاجازة اذ الفساد لا يمنع النفاذ وكانت الاجازة ازالة الاكراه من الاصل ومتى
زال الاكراه من الاصل جاز العقد الاول فتجوز العقود كلها فهو الفرق وبخلاف
ما اذا ضمن المغصوب منه احدهم لانه يملك المغصوب عند اختيار اخذ
الضمان منه من وقت جنايته وهو القبض اما بطريق الظهور واما بطريق
الاستناد على ما عرف في مسايل الخلاف فلا يظهر فيما قبله من العقود وها هنا
بخلافه على ما مر واذا قال البايع اجزت جاز البيع لان المانع من الجواز هو
الاكراه والاجازة ازالة الاكراه ولذا اذا قبض الثمن لان قبض الثمن دليل الاجازة
كالفضولي اذا باع مال غيره فقبض المالك الثمن ولو لم يعتقه المشتري الاول
ولكنه اعتقه المشتري قبل الاجازة نفذ اعتاقه لان الملك ثابت له بالشرا
وسوا كان قبض العبد اولا لان شراه صحيح فيفيد الملك بنفسه بخلاف
اعتاق المشتري الاول قبل القبض لان البيع الفاسد لا يفيد الملك بنفسه بل
بواسطة القبض ولو اعتقه المشتري الاخير ثم اجاز البايع العقد الاول
لم تجز اجازته حتى لا يملك المطالبة بالثمن بل تجب القيمة وهو بالخيار ان شا
رجع بها على المكره والمكره يرجع على المشتري الاول وان شا رجع على احد
المشتريين بينا بهما كان اما الرجوع على المكره فلما ذكرنا في اعتاق المشتري الاول
انه اتلف عليه ملكه معنى فله ان ياخذ منه ضمان الاتلاف وللمكره ان يرجع بذلك
على المشتري الاول لانه ملك المضمون باداء الضمان فنزل منزلة البايع وكان للبايع
ان يرجع عليه بالضمان فكذا له ويصح كل عقد وجد بعد ذلك وان شا المكره

رجع على احد المشتريين ايهما شا لان كل واحد منهما في حق البايع بمنزلة غاصب
الغاصب فان اختار تضمين المشتري الاول بري المكره وصحت البياعات
كلها لانه ملكه المشتري الاول باختيار تضمينه فيتبين انه باع ملك نفسه
فصح فيصح كل بيع وجد بعد ذلك وان اختار تضمين المشتري الاخير صح كل
بيع وجد بعد ذلك وبطل كل بيع كان قبله لانه لما اختار تضمينه فقد
خصه بملك المضمون فيتبين ان كل بيع كان قبله كان بيع ما لا يملكه البايع
فبطل والله اعلم هذا اذا كان المكره هو البايع فاما اذا كان المكره هو
المشتري دون البايع فلما ذكرنا في اكراه البايع وللمشتري ان يجيز هذا العقد
كما للبايع اذا كان مكرها ولو اكره على الشرا والقبض ودفع الثمن والمشتري

فلكل واحد منهما حق الفسخ قبل القبض وبعد القبض حق الفسخ للمشتري دون البايع صح

عبد فاعتقه المشتري فذلك اجازة للبيع لان هذه التصرفات لا تحتمل
الفسخ بعد وجودها فكان الاقدام عليها التزاما للملك كالمشتري بشرط الخيار
اذا فعل شيا من ذلك وكذلك لو كان المشتري امة فوطيها او قبلها بشهوة
فهو اجازة للبيع لانه لو نقض البيع لتبين ان الوطي صادف ملك الغير وذلك
حرام والظاهر من حال المسلم التحرز عن الحرام فكان اقدامه على البيع التزاما
للبيع دلالة ولو لم يقبضه المشتري حتى اعتقه البايع نفذ اعتاقه لانه على
ملكه قبل التسليم وان اعتقه المشتري نفذ اعتاقه استحسانا والقياس
ان لا ينفذ وجه القياس ظاهر لانه اعتاق ما لا يملكه ولا عتق فيما لا يملكه
ابن ادم على لسان رسول الله صلى الله عليه وسلم وجه الاستحسان ان المشتري
يملك اجازة هذا البيع فاقدامه على الاعتاق اجازة له تصحيحا لتصرفه وهذا
لان تصرف العاقل يجب صيانته عن الالغا ما امكن ولا صحة لتصرفه الا
بالملك ولا يثبت الملك قبل القبض الا بالاجازة فيقتضي الاعتاق اجازة هذا
العقد سابقا عليه او مقارنا له تصحيحا له كما في قوله لغيره اعتق عبدك عني
على الف درهم ولهذا نفذ اعتاق المشتري بشرط الخيار كذا هذا ولو اعتقه
المشتري وحده ولو اعتقاه جميعا معا قبل القبض فاعتاق البايع اولى
لوجهين احدهما ان ملك البايع ثابت مقصودا وملك المشتري يثبت
ضمنا للاجازة الثابتة ضمنا للاعتاق فكان تنفيذ اعتاق البايع اولى
والثاني ان ملك البايع ثابت في الحال وملك المشتري يثبت في الثاني
فاعتبار الموجود للحال اولى هذا اذا كان المكره هو البايع او المشتري
فاما اذا كانا جميعا مكرهين على البيع والشرا فلكل واحد منهما خيار الفسخ

والاجازة لان البيع فاسد في حقهما والثابت بالبيع الفاسد ملك غير لازم
وكان محل الفسخ والاجازة فان اجاز اجميعا جاز وان اجاز احدهما دون
صاحبه جاز في جانبه وبقي الخيار في حق صاحبه ولو اعتقه المشتري قبل
وجود الاجازة من احدهما اصلا نفذ اعتاقه ولزمه القيمة لان الاعتاق
تصرف لا يحتمل النقض فكان اقدامه عليه التزاما للبيع في جانبه ولا
يجوز اجازة البايع بعد ذلك لانه خرج من ان يكون محلا للاجازة بالاعتاق
لما ذكرنا ان قيام المحل وقت الاجازة شرط صحة الاجازة وقد هلك بالاعتاق
ولو لم يعتقه المشتري ولكن اجاز احدهما البيع ثم اعتقا معًا نفذ اعتاق
البايع وبطل اعتاق المشتري لانه لا يخلوا اما ان كانت الاجازة من المشتري
او من البايع فان كانت من المشتري نفذ اعتاق البايع لان اجازة المشتري
لم تعمل في جانب البايع فبقي البايع على خياره واذا اعتق نفذ اعتاقه
وبطل اعتاق المشتري لانه ابطل خياره بالاجازة وان كانت الاجازة من البايع
فتنفيذ اعتاقه اولي ايضا لما ذكرنا من الوجهين في اكراه المشتري ولو اجاز
البايع البيع ثم اعتق المشتري ثم اعتق البايع بعده نفذ اعتاق المشتري
ولزمه الثمن ولا ينفذ اعتاق البايع اما نفوذ اعتاق المشتري فلبقا الخيار
له واما عدم نفوذ اعتاق البايع فلسقوط خياره بالاجازة واما لزوم الثمن
المشتري فللزوم البيع في الجانبين جميعا والله اعلم ويستوي ايضا في باب البيع
والشرا الاكراه التام والناقص لان كل ذلك يفوّت الرضا ويستوي في الاكراه على
البيع تسميته المشتري وترك تسميته حتى يفسد البيع في الحالين جميعا لان
غرض المكره في الحالين جميعا واحد وهو ازالة ملك البايع وذلك يحصل بالبيع
من اي انسان كان ولو اوعد بضرب سوط او الحبس يوما او القيد يومًا فليس
ذلك من الاكراه في شي لان ذلك لا يغير حالة المكره عما كان عليه من قبل هذا اذا
ورد الاكراه على البيع والتسليم فاما اذا ورد على التوكيل بالبيع والتسليم فباع
الوكيل وسلم وهو طايع والمبيع عبد فمولى العبد بالخيار ان شا ضمّن المكره
وان شا ضمن الوكيل او المشتري فان ضمن الوكيل رجع على المشتري وان ضمن
المشتري لا يرجع على احد اما ولاية تضمين المكره فلان الاكراه على التوكيل بالبيع
اكراه على البيع لكن بواسطة التوكيل لان التوكيل بالبيع تسبيب الى ازالة اليد
ولانه اتلاف معني فكان التلف بهذه الواسطة مضافا الى المكره فكان له
ولاية تضمينه واما تضمين الوكيل فلانه قبض ماله بغير رضاه وكذلك المشتري

وقبض

وقبض مال الانسان بغير رضاه سبب لوجوب الضمان فكان له ولاية تضمين ايهما شا
فان ضمن الوكيل يرجع على المشتري بقيمة العبد لانه لما ادي الضمان نزل منزلة البايع
فيملك تضمينه كالبايع ولكن لا ينفذ ذلك البيع باداء الضمان لانه ما ملكه باداء الضمان
لانه لم يبعه لنفسه بل لغيره وهو المالك فيقف نفاذه على اجازة من وقع العقد
له وهو المالك لا على فعل يوجد منه وهو اداء الضمان وهذا بخلاف ما اذا باع الغاصب
المغصوب ثم ادي الضمان انه ينفذ بيعه لان هناك باعه لنفسه لا لغيره وهو
المالك لانه ملكه باداء الضمان فجاز وقوفه على فعله وهو اداء الضمان وجاز وقوفه
على فعل مالكه ايضا قبل اداء الضمان لان الغاصب انما يملكه باداء الضمان ومن الجايز ان
لا يختار المالك الضمان فلا يملكه الغاصب لذلك وقف على اجازة المالك وان اختار
تضمين المشتري لا يرجع المشتري على احد لان القيمة بدل المبيع وقد سلم له المبدل
ثم ان كان البايع قبض الثمن من المشتري يسترده منه وان كان لم يقبضه فلا شي والله
اعلم هذا اذا كان الاكراه تاما فان كان ناقصا لا يرجع المكره على المكره بالضمان لان
الاكراه الناقص لا يوجب نسبة الاتلاف اليه على ما بينا ولكنه يرجع الى الوكيل او المشتري
لما بينا والله اعلم واما الاكراه على الهبة فيوجب فسادها كالاكراه على البيع حتى انه
لو وهب مكرها وسلم مكرها لا يثبت الملك كما في البيع الا انهما يفترقان من وجه
وهو ان في باب البيع اذا باع مكرها وسلم طايعا يجوز البيع وفي باب الهبة مكرها
لا يجوز سوا سلم مكرها او طايعا وقد بينا الفرق بينهما فيما تقدم وكذلك تسليم
الشفعة من هذا القبيل انه لا يصح مع الاكراه لان الشفعة في معني البيع الا تري
انه لا تتعلق صحته باللسان كالبيع حتى تبطل الشفعة بالسكوت فاشبه البيع
البيع يعمل عليه الاكراه فكذلك تسليم الشفعة ومن هذا القبيل الاكراه على الابرا
عن الحقوق لان الابرا فيه معني التمليك ولهذا لا يحتمل التعليق بالشرط ولا يصح في
المجهول كالبيع ثم البيع يعمل عليه الاكراه وكذلك الابرا عن الكفالة بالنفس ابرا
عن حق المطالبة بتسليم النفس الذي هو وسيلة المال وكان ملحقا بالبيع الذي
هو تمليك المال فيعمل عليه الاكراه كما يعمل على البيع والله اعلم هذا اذا كان الاكراه
على الانشا فاما اذا كان على الاقرار فيمنع صحة الاقرار سوا كان المقر به محتملا للفسخ
او لم يكن لان الاقرار اخبار وصحة الاخبار عن الماضي بوجود المخبر به سابقا على
الاخبار والمخبر به ها هنا يحتمل الوجود والعدم وانما يترجح جانب الوجود على جانب
العدم بالصدق وحال الاكراه لا يدل على الصدق لان الانسان لا يتحرج عن الكذب حالة
الاكراه فلا يثبت الرجحان ولان الاقرار من باب الشهادة قال الله تعالى يا ايها الذين امنوا

ففقد صح
ن
صح
يترجح صح

كونوا قوامين بالقسط شهداء لله ولو على انفسكم والشهادة على انفسهم الا الاقرار على
انفسهم والشهادة ترد بالتهمة وهو متهم حالة الاكراه ولو اكره على الاقرار بالحدود
والقصاص تسقط بالشبهات فاما المال فلا يسقط بالشبهة فلما لم يصح هناك
فلئن لا يصح هاهنا اولى ولو اكره على الاقرار بذلك ثم خلي سبيله قبل ان يقر به ثم
اخذه فاقر به من غير تجديد الاكراه فهذا على وجهين اما ان توارى عن بصر
المكره حين ما خلي سبيله واما ان لم يتوار عن بصره حتى بعث من اخذه ورده اليه
فان كان قد توارى عن بصره ثم اخذه فاقر اقرارا مستأنفا جاز اقراره لانه لما خلي
سبيله حتى توارى عن بصره فقد ازال الاكراه عنه فاذا اقر به من غير اكراه جديد
فقد اقر طايعا فصح وان كان لم يتوار عن بصره بعد حتى رده اليه فاقر به من
غير تجديد الاكراه لم يصح اقراره لانه اذا لم يتوار عن بصره فهو على الاكراه الاول
ولو اكره على الاقرار بالقصاص فاقر به فقتله حين ما اقر به من غير بينة فان كان
المقر معروفا بالدعارة يدرأ عنه القصاص استحسانا وان لم يكن معروفا بها يجب
القصاص والقياس ان لا يجب القصاص كيف ما كان وجه القياس ان الاقرار عن
اكراه لما لم يصح شرعا صار وجوده وعدمه بمنزلة واحدة فصار كما لو قتله ابتدا
وجه الاستحسان ان الاقرار ان كان لا يصح مع الاكراه لكن لهذا الاقرار شبهة الصحة
اذا كان المقر معروفا بالدعارة لوجود دليل الصدق في الجملة وذا يورث شبهة
في وجوب القصاص فيدرأ للشبهة واذا لم يكن معروفا بالدعارة فاقراره لا يورث
شبهة في الوجوب فيجب ومثاله هذا اذا دخل رجل على رجل في منزله فخاف
صاحب المنزل انه ذاعر دخل عليه ليقتله ويأخذ ماله فبادر وقتله فان كان
الرجل الداخل معروفا بالدعارة لا يجب القصاص على صاحب المنزل وان لم يكن
معروفا بها يجب القصاص عليه كذا هذا واذا لم يجب القصاص يجب الارش لان
سقوط القصاص للشبهة وانها لا تمنع وجوب المال وروى الحسن عن ابي حنيفة
رحمه الله انه لا يجب الارش ايضا اذا كان معروفا بالدعارة **فصل** واما
بيان حكم ما عدل المكره الى غير ما وقع عليه الاكراه او زاد على ما وقع عليه الاكراه او
نقص عنه فنقول وبالله التوفيق العدول عما وقع عليه الاكراه الى غيره لا يخلو
من وجهين اما ان يكون بالعقد في الاعتقادات او بالفعل في المعاملات فنقول اذا
عدل المكره الى غير ما وقع عليه الاكراه بالفعل جاز ما فعل لانه طايع فيما عدل
اليه حتى لو اكره على بيع جاريته فوهبها جاز لانه عدل عما اكره عليه لتغاير البيع
والهبة وكذلك لو طولب بمال وذلك المال اصله باطل واكره على ادائه ولم يذكر

ليس صح

لما قلنا بل اولى لان الحدود والقصاص صح

بالقصاص

الدعارة

اما حكم العدول عما وقع عليه الاكراه بالعقد في الاعتقادات فقد ذكرناه فيما تقدم واما العدول الى غير ما وقع عليه الاكراه بالفعل في المعاملات صح

له بيع الجارية فباع جاريته جاز البيع لانه في بيع الجارية طايع ولو اكره على الاقرار بالف
درهم فاقر بمائة دينار او صنف آخر غير ما اكره عليه جاز لانه طايع فيما اقر
به وهذا بخلاف ما اذا اكره على ان يبيع عبده من فلان بالف درهم فباعه منه
بمائة دينار ان البيع فاسد استحسانا جايز قياسا فقد اعتبر الدراهم والدنانير
جنسين مختلفين في الاقرار قياسا واستحسانا واعتبرهما جنسا واحدا في موضع الانشا
على مخالفة الحقيقة لمعنى هو منعدم في الاقرار وهو ان الثابت بالاكراه هو الرضا
طبعا والاكراه على البيع بالف درهم كما يعدم الرضا بالبيع بالف درهم يعدم الرضا بالبيع
بالآخر وكان الاكراه على البيع باحدهما اكراها على البيع بالآخر بخلاف ما اذا اكره
على البيع بالف فباعه بمكيل او بموزون آخر سوى الدراهم والدنانير لان هناك
المقصود مختلف فلم يكن الاكراه على البيع بالآخر وهذا المعنى لا يوجد في الاقرار
لان بطلان اقرار المكره لانعدام رجحان جانب الصدق على جانب الكذب في اخباره
بدلالة الاكراه فيختص بمورد الاكراه وهو الدراهم فكان صادقا في الاقرار بالدنانير
لانعدام المانع من الرجحان فيه فهو الفرق واما اذا زاد على ما وقع عليه الاكراه
بان اكره على الاقرار بالف درهم فاقر بالفين جاز اقراره بالف وبطل بالف لانه في
الاقرار بالالف الزايد طايع فصح ولو اكره على الاقرار لفلان فاقر له ولغيره فان
صدقه الغير في الشركة لم يجز اصلا بالاجماع وان كذبه فكذلك عند ابي حنيفة
وابي يوسف وعند محمد يجوز في نصيب الغير خاصة وجه قول محمد ان
المانع من الصحة عند التصديق هو الشركة في مال لم يصح الاقرار بنصفه شايعا
فاذا كذبه لم تثبت الشركة فيصح اقراره للغير اذ هو فيما اقر له به طايع وجه
قولهما ان الاقرار اخبار وصحة الاخبار عن الماضي بوجود المخبر به سابقا على
الاخبار والمخبر به الف مشتركة فلو صح اقراره لغير المقر له بالاكراه لم يكن المخبر
به على وصف الشركة فلم يصح اخباره عن المشترك فلم يصح اقراره وهذه فريعة
اختلافهم في المريض مرض الموت اذا اقر لوارثه ولاجنبي بالدين انه لا يصح اقراره
اصلا بالاجماع ان صدقه الاجنبي بالشركة وان كذبه فعلى الاختلاف الذي
ذكرنا ولو اكره على هبة عبد لعبد الله فوهبه لعبد الله ولزيد فسدت في حصة
عبد الله وصحت في حصة زيد لانه مكره في حصة عبد الله لورود الاكراه على كل
العبد والاكراه على كل شي اكراه على بعضه فلم تصح الهبة في حصته وطايع في حصة
زيد وانه هبة المشاع فيما لا يحتمل القسمة فصحت في حصته ولو كان مكان العبد
الف فالهبة في الكل فاسدة بالاجماع بين اصحابنا اما على اصل ابي حنيفة فظاهر

في الانشاء استحسانا لانهما جنسان مختلفان حقيقة الا انهما جعلا جنسا واحدا

بمائة دينار وقيمته الالف صح

لاتحاد المقصود منهما وهو الثمنية فكان انعدام الرضا بالبيع باحدهما دليلا على انعدام الرضا بالبيع صح

على البيع باحدهما اكراها صح

لان هبة الطايع من اثنين لا تصح عنده فهبة المكره اولى واما على اصلهما فلانه وهب
الالف منهما والهبة من احدهما لا تصح بحكم الاكراه كان واهبا نصف الالف من الاخر
وهذه هبة المشاع فيما يحتمل القسمة وانه لا يصح فلا خلاف بين اصحابنا بخلاف
حالة الطواعية والله اعلم هذا اذا زاد على ما وقع عليه الاكراه فاما اذا انتقص عنه بان
اكره على الاقرار بالف درهم فاقر بخمسمائة فاقراره باطل لان الاكراه على الف اكراه
على خمسمائة لانها بعض الالف والاكراه على كل الشيء اكراه على بعضه وكان مكرها
في الاقرار بخمسمائة فلم يصح ولو اكره على بيع جاريته بالف درهم فباعها بالفين
جاز البيع بالاجماع ولو باعها باقل من الف فالبيع فاسد استحسانا جائز قياسا
وجه القياس ان المكره عليه هو البيع بالف غير البيع بخمسمائة فكان طايعا فيه
فجاز وجه الاستحسان ان غرض المكره هو الاضرار بالبائع بازالة ملكه وان
قل الثمن فكان الاكراه على البيع بالف اكراها على البيع باقل منه فبطل بخلاف ما اذا
باعه بالفين لان حال المكره دليل على انه لا يامره بالبيع باوفر الثمنين فكان
طايعا في البيع بالفين فجاز والله تعالى اعلم

كتاب القسمة

الكلام في هذا الكتاب في مواضع في بيان انواع القسمة وفي بيان شرعية كل نوع وفي
بيان معنى القسمة لغة وشرعا وفي بيان شرائط جواز القسمة وفي بيان صفات
القسمة وفي بيان حكم القسمة وفي بيان ما يوجب نقض القسمة بعد وجودها اما
الاول فالقسمة في الاملاك المشتركة نوعان احدهما قسمة الاعيان والثاني قسمة
المنافع وقسمة كل واحد من النوعين مشروعة اما قسمة الاعيان فقد عرفت
شرعيتها بالسنة واجماع الامة اما السنة فما روي ان رسول الله صلى الله عليه وسلم
قسم غنائم خيبر بين الغانمين وادنى درجات فعله الشرعية واما الاجماع
فان الناس استعملوا القسمة من لدن ادم صلوات الله عليه الى يومنا هذا من
غير نكير وكانت شرعيتها متوارثة

فصل

واما بيان معنى القسمة لغة وشرعا
اما اللغة فهي عبارة عن افراز النصيب وفي الشريعة عبارة عن افراز الانصبا
عن بعض ومبادلة بعض ببعض لان ما من جزء من العين المشتركة لا يتجزى الا
قبل القسمة الا واحدهما ملك احد الشريكين والاخر ملك صاحبه غير عين
وكان نصف العين مملوكا لهذا والنصف مملوك لهذا على الشيوع فاذا قسمت بينهما
نصفين والاجزاء المملوكة لكل واحد منهما شايعة غير معينة فتجمع بالقسمة
في نصيبه دون نصيب صاحبه فلا بد ان يجتمع في نصيب كل واحد منهما اجزاء
بعضها مملوكة له وبعضها مملوكة لصاحبه على الشياع فلو لم تقع القسمة مبادلة

لما صح

فاذا باع باقل منه فقد عقد عقدا اخر اذ البيع بالف صح

في اللغة

بعض صح

في بعض اجزاء المقسوم لم يكن المقسوم كله مملوكا للمقسوم عليه بل يكون بعضه ملكا لصاحبه
فكانت القسمة منهما بالتراضي او بطلبهما من القاضي رضا من كل واحد منهما بزوال
ملكه عن نصف نصيبه بعوض وهو نصف نصيب صاحبه وهو تفسير المبادلة
فكانت القسمة في حق الاجزاء المملوكة افرازا وتمييزا وتعيينا لها في الملك وفي حق
الاجزاء المملوكة لصاحبه معاوضة وهي مبادلة بعض الاجزاء المجتمعة في نصيبه ببعض
الاجزاء المجتمعة في نصيب صاحبه فكانت افراز بعض الانصبا ومعاوضة البعض
ضرورة هذا هو حقيقة القسمة المعهودة في الاملاك المشتركة فكان معنى المعاوضة لازما
في كل قسمة شرعية الا انه اعطي لها حكم الافراز في ذوات الامثال في بعض الاحكام
لان الماخوذ من العوض مثل المتروك من المعوض فجعل كانه ياخذه عين حقه بمنزلة
المعوض حتى كان لكل واحد منهما ان ياخذ نصيبه من غير رضا صاحبه فجعل افرازا
حكما فان قيل اليس يجبر على القسمة والمعاوضة مما لا يجري فيها الجبر كالبيع ونحوه
فالجواب ان المعاوضة قد يجري فيها الجبر الا ترى ان الغريم يجبر على قضاء الدين
وقضاء الدين لا يتحقق الا بطريق المعاوضة على ما بينا في كتاب الوكالة دل ان الجبر لا
ينفي المعاوضة فجاز ان يجبر على القسمة وان كانت معاوضة معنا ان الجبر لا يجري
في المعاوضات المطلقة كالبيع ونحوه والقسمة ليست بمعاوضة مطلقة بل افراز
من وجه معاوضة من وجه فجاز ان يجري فيها الجبر وعلى هذا الاصل يخرج قسمة
المكيلات والموزونات والعدديات المتقاربة انها لا تجوز مجازفة كما لا يجوز بيعها
مجازفة لاعتبار معنى المبادلة وذكر في الكتاب في كر حنطة مشترك بين رجلين
ثلاثون منه ردية وعشرة جيدة قيمتهما سوا فارادا ان يقتسماه فياخذ احدهما
ثلاثين والاخر عشرة انه لا يجوز لتمكن الربا فيه لتحقق معنى المعاوضة ولو زاد صاحب
الزيادة ثوبا او شيا اخر جاز لان الزيادة صارت مقابلة بالثوب فزال معنى الربا وقال
في زرع مشترك بين رجلين في ارض مملوكة لهما فارادا قسمة الزرع دون الارض
وقد سنبل الزرع انه لا تجوز قسمته لان قسمته بطريق المجازفة ولا تجوز المعاوضة
بطريق المجازفة في الاموال الربوية وكذلك لو اوصى بصوف على ظهر غنم لرجلين او
اوصى باللبن في الضرع لهما لم تجز قسمته قبل الجز والحلب لان الصوف واللبن
من الاموال الربوية فلا يحتملان القسمة مجازفة كما لا يحتملان البيع مجازفة وكذا
خيار العيب يدخل في نوعي القسمة كما يدخل في البيع وخيار الرؤية والشرط يدخل
في احد النوعين دون الاخر لانعدام معنى المبادلة بل لمعنى اخر نذكره في موضعه
ان شاء الله تعالى ولو اشترى رجلان من رجل كر حنطة بمائة درهم فاقتسماه فلكل

هي صح

واحد منهما ان يبيع نصيبه مرابحة على خمسين درهما ولو اشتريا دارا بمائة درهم
فاقتسماها ليس لواحد منهما ان يبيع نصيبه مرابحة على خمسين درهما وانما افترق
النوعان في هذا الحكم لا لاعتبار معنى الافراز في احدهما والمبادلة في الاخر بل لمعنى
اخر وهو ان المرابحة بيع بمثل المذكور ثمنا في الاول مع زيادة شي وانما يجوز البيع
بمثل المذكور ثمنا في الاول مع زيادة شي فيما يحتمل الزيادة اما فيما لا يحتمل الزيادة
فلا كما اذا اشترى كر حنطة بكر حنطة لا يبيعه مرابحة على الكر كذا هذا بل
اولى لان ذلك معاوضة مقصودة والمعاوضة في القسمة ليست مقصودة واذا كان
كذلك يسقط اعتبار هذا الثمن شرعا في هذا الحكم لانه لا يحتمل الزيادة وكان له
ان يبيعه مرابحة على اول ثمن يحتمل الزيادة وهو الخمسون بخلاف قسمة الدار
لانه هناك يمكن البيع بالثمن الاول وهو ثمن القسمة وزيادة شي بان يبيع نصفه
من شريكه بالنصف الذي في يده وربح درهم مثلا كما اذا اشترى دارا بدار او
اشترى كر حنطة بثوب فامكن بيعه مرابحة على الثمن الاول في الجملة فلم يجز
بيعه مرابحة على خمسين الا انه اذا باعه من غير بائعه مرابحة او باعه من بائعه
بالنصف الذي في يده بربح ده يازده لا يجوز لمعنى عرف في كتاب البيوع والله
تعالى اعلم فصل واما شرائط جواز القسمة فانواع بعضها يرجع الى القاسم
وبعضها يرجع الى المقسوم وبعضها يرجع الى المقسوم اما الذي يرجع الى القاسم
فنوعان نوع هو شرط الجواز ونوع هو شرط الاستحباب اما شرائط الجواز
فانواع منها العقل فلا تجوز قسمة المجنون الذي لا يعقل لان العقل من شرائط الاهلية
التصرفات الشرعيه فاما البلوغ فليس بشرط لجواز القسمة حتى تجوز قسمة
الصبي الذي يعقل القسمة باذن وليه وكذا الاسلام والذكورة والحرية فليست
بشرط لجواز القسمة فتصح قسمة الذمي والمكاتب والماذون لان هولاء من اهل
البيع وكانوا من اهل القسمة ومنها الملك والولاية لا تجوز القسمة بدونهما اما
الملك فالمعنى به ان يكون القاسم مالكا فيقتسم الشركا بالتراضي واما الولاية فنوعان
ولاية قضاء وولاية قرابة الا ان شرط ولاية القضاء الطلب فيقسم القاضي وامينه
على الصغير والكبير والذكر والانثى والمسلم والذمي والحر والعبد والماذون
والمكاتب عند طلب الشركا كلهم او بعضهم على ما نذكره ان شا الله تعالى ولا يشترط
ذلك في ولاية القرابة فيقسم الاب ووصيه والجد ووصيه على الصغير والمعتوه
من غير طلب احد والاصل فيه ان كل من كان له ولاية البيع فله ولاية القسمة ومن
لا فلا ولهولا ولاية البيع فكانت لهم ولاية القسمة وكذا القاضي له ولاية بيع مال

له صح

والمرأة صح

الصغير

الصغير والكبير في الجملة فكانت له ولاية القسمة واما وصي الام ووصي الاخ والعم فيقسم
المنقول دون العقار لان له ولاية بيع المنقول دون العقار وفي وصي المكاتب اذا مات
عن وفا انه هل يقسم فيه روايتان وهذا كله يقرر ما قلنا ان معنى المبادلة لازم
في القسمة حيث جعل سبيله البيع في الولاية والله الموفق ولا يقسم وصي الميت على الموصى له
لانعدام ولايته عليه وكذا لا تقسم الورثة عليه لان الموصى له كواحد من الورثة ولا
يقسم بعض الورثة على بعض لانعدام الولاية فلا يقسمون على الموصى له ولو اقتسموا وهو
غايب نقضت قسمتهم لكن هذا اذا كانت القسمة بالتراضي فان كانت بقضا القاضي
تنفذ ولا تنقض لما نذكره في موضعه ان شا الله تعالى واما شرائط الاستحباب
فانواع منها ان يكون عدلا امينا عالما بالقسمة لانه لو كان غير عدل او جاهلا بامور
القسمة يخاف منه الجور في القسمة ومنها ان يكون منصوب القاضي لان قسمة
غيره لا تنفذ على الصغير والغايب ولانه اجمع لشرائط الامانة والافضل ان يرزقه
من بيت المال ليقسم للناس من غير اجر عليهم لان ذلك ارفق بالمسلمين فان لم يمكنه
ان يرزقه من بيت المال يقسم لهم باجر عليهم ولكن ينبغي للقاضي ان يقدر له اجرة
كيلا يتحكم على الناس ولو اراد الناس ان يستاجروا قساما اخر غير الذي نصبه
القاضي لا يمنعهم القاضي عن ذلك ولا يجبرهم على ان يستاجروا في القسمة لما قلنا ومنها
المبالغة في تعديل الانصبا والتسوية بين السهام باقصى الامكان لان لا يدخل قصور
في قسمتهم وينبغي ان لا يدع حقا بين شريكين غير مقسوم من الطريق والمسيل
والشرب الا اذا لم يمكن وينبغي ان لا يضم نصيب بعض الشركا الى بعض الا اذا
رضوا بالضم لانه يحتاج الى القسمة ثانيا وينبغي ان لا يدخل في قسمة الدار ونحوها الدراهم
الا اذا كان لا يمكن القسمة الا كذلك لان محل القسمة الملك المشترك ولا شركة في الدراهم
فلا يدخلها في القسمة الا عند الضرورة ومنها ان يقرع بينهم بعد الفراغ من القسمة
ويشترط عليهم فيقول من خرج سهمه اولا فله هذا السهم من هذا الجانب من الدار ومن
خرج سهمه بعده فله السهم الذي يليه هكذا ثم يقرع بينهم لان القرعة لا يتعلق
بها حكم بل لتطييب النفوس لورود السنة بها ولان ذلك انفى للتهمة وكان سنة
والله اعلم واذا اقتسم باجر فاجرة القسمة على عدد الروس عند ابي حنيفة وعندهما
على قدر الانصبا وجه قولهما ان اجرة القسمة من مونات الملك فتتقدر بقدر
الملك كالنفقة وجه قول ابي حنيفة ان الاجرة بمقابلة العمل وعمله في حق الكل
على السوا فكانت الاجرة عليهم على السوا وهذا لان عمله تمييز الانصبا والتمييز
عمل واحد لان تمييز القليل من الكثير هو بعينه تمييز الكثير من القليل والتفاوت

سبيل صح

او جاهلا صح

قساما لانه لو فعل ذلك
لعل لا يرضى الآخر باجرة كثيرة
فيتضرر الناس وكذا لا
يترك القسامين يشتركون
صح

بلة
في شي واحد محال وإذا لم يتفاوت العمل لا يتفاوت الاجرة بخلاف النفقة فانها بقا
الملك والملك متفاوت فهو الفرق **فصل** واما الذي يرجع الى المقسوم له
فانواع منها ان لا يلحقه ضرر في احد نوعي القسمة دون النوع الاخر وبيان ذلك
ان القسمة نوعان قسمة جبر وهي التي يتولاها القاضي وقسمة رضا وهي التي
يفعلها الشركا بالتراضي وكل واحد منهما على نوعين قسمة تفريق وقسمة جمع
اما قسمة التفريق فنقول وبالله التوفيق ان الذي تصادفه القسمة لا يخلوا
من احد وجهين اما ان يكون مما لا ضرر في تبعيضه بالشريكين اصلا بل لهما
فيه منفعة واما ان يكون مما في تبعيضه مضرة فان كان مما لا ضرر في تبعيضه
بالشريكين اصلا بل فيه منفعة للشريكين كالمكيل والموزون والعددي المتقارب
فتجوز قسمة التفريق فيها قسمة جبر كما يجوز فيها قسمة الرضا لتحقق ما شرع
له القسمة وهو تكميل منافع الملك وان كان مما في تبعيضه ضرر فلا يخلوا من
احد وجهين اما ان يكون فيه ضرر بكل واحد منهما واما ان يكون ضرر باحدهما
نفع في حق الاخر فان كان في تبعيضه ضرر بكل واحد منهما فلا تجوز قسمة
الجبر فيه وذلك نحو اللولوة الواحدة والياقوتة والزمردة والثوب الواحد
والسرج والقوس والمصحف والقبا والجبة والحايط والحمام والبيت الصغير
والحانوت الصغير والرحا والفرس والجمل والبقرة والشاة لان القسمة في هذه
الاشيا قسمة اضرار بالشريكين جميعا والقاضي لا يملك الجبر على الاضرار وكذلك
النهر والقناة والعين والبير لما قلنا فان كان مع ذلك ارض قسمت الارض وترك
البير والقناة على الشركة فاما اذا كانت انهار او ارضين متفرقة او عيونا او ابارا
قسمت الابار والعيون لا ضرر في القسمة وكذا الباب والساجة والخشبة اذا
كان في قطعها ضرر فان كانت الخشبة كبيرة يمكن تعديل القسمة فيها من
غير ضرر جازت وتجوز قسمة الرضا في هذه الاشيا بان يقسماها بانفسهما
بتراضيهما لانهما يملكان الاضرار بانفسهما معا ان ذلك لا يخلوا عن نوع نفع ومالا
تجري فيه القسمة لا يجبر واحد منهما على بيع نصيبه من صاحبه عند عامة
العلما لان الجبر على ازالة الملك غير مشروع وعلى هذا طريق بين رجلين طلب
احدهما القسمة وابى الاخر فان كان يستقيم لكل واحد منهما طريق نافذ بعد
القسمة يجبر على القسمة لان القسمة تقع تحصيلا لما شرعت له وهو تكميل منافع
الملك فيجبر عليها وان كان لا يستقيم لا يجبر على القسمة لانها قسمة اضرار بالشريكين
فلا يليها القاضي الا اذا كان لكل منهما في نصيبه من الدار مفتح من وجه اخر فتقسم ايضا

لان

والخيمة صح
لانه صح
وقال مالك اذا اختصما فيه باعه القاضي وقسم الثمن بينهما والصحيح قول العامة صح
واحد صح

لان القسمة في هذه الصورة لا تقع اضرارا ولو اقتسما بانفسهما جازت لتراضيهما بالضرر
وكذا المسيل المشترك اذا طلب احدهما وابى الاخر وان كان بحال لو قسم نصيب
كل واحد منهما بعد القسمة قد رما يسيل ماوه او كان له موضع اخر يمكنه التسييل فيه
يقسم وان لم يكن لم يقسم لما ذكرنا في الطريق وعلى هذا اذا طلب احدهما الدار من
غير وابى الاخر الا رفع الطريق انه ان كان لكل واحد منهما مفتح اخر يفتحه في
نصيبه قسم بينهما بغير رفع بينهما طريقا وقسم الباقي لانه اذا لم يكن لهما مفتح
كانت القسمة بغير طريق تفويتا للمنفعة لا تكميلا لها وكانت اضرارا بهما
جميعا وهذا لا يجوز الا اذا اقتسما بانفسهما بغير طريق فيجوز لما قلنا ولو اختلفا في
سعة الطريق وضيقه جعل الطريق على قدر عرض باب الدار وطوله على
ادنى ما يكفيهما لان الطريق وضع للاستطراق فيجعل فيه والله اعلم وعلى هذا
اذا بنى رجلان في ارض رجل باذنه فطلب احدهما قسمة البنا وابى الاخر
وصاحب الارض غايب لم يقسم لان الارض المبني عليها بينهما تابع بالاعارة او بالاجارة
فلو قسم البنا بينهما لكان لكل واحد منهما سبيل ان ينقض نصيب صاحبه وفيه ضرر
فلا يجبر على القسمة ولو اقتسما بالتراضي جازت وكذا لو هدما وكانت الالة بينهما
وعلى هذا زرع بين رجلين في ارض مملوكة لهما طلب احدهما قسمة الزرع دون
الارض فان كان الزرع قد بلغ وسنبل لا يقسم لما ذكرنا من قبل ولو طلبا جميعا
لا يقسم ايضا لان المانع هو الربا وحرمة الربا لا تحتمل الارتفاع بالرضا وان كان الزرع
بقلا فطلب احدهما لا يقسم ايضا لان الارض مملوكة لهما على الشركة فلو قسم لكان
لكان كل واحد منهما سبيل من القطع وفيه ضرر ولا جبر على الضرر ولو اقتسما
بانفسهما وشرطا القطع جازت لانهما تراضيا بالضرر وان شرطا الترك لم يجز
لان رقبة الارض مشتركة بينهما وكان شرط الترك منهما في القسمة لان فيها معنى البيع
ولذلك لو لم تكن الارض مملوكة لهما وكانت في ايديهما بالاعارة او بالاجارة والزرع بقل
لا يقسم لما ذكرنا ولو اقتسما بانفسهما جازت بشرط القطع ولا تجوز بشرط الترك كالبيع
على ما ذكرنا وكذلك الطلع بين رجلين طلب احدهما قسمة الطلع دون النخل والارض
لم يقسم لما ذكرنا في الزرع ولو اقتسما بالتراضي فان شرطا القطع جاز وان شرطا الترك
لم يجز لما ذكرنا في الزرع ولو تركه بعد القسمة باذن صاحبه فادرك وقلع فالفضل له
طيب لانه وان حصل في ملك مشترك لكنه حصل باذن شريكه فلا يكون خبيثا وان
لم ياذن له يتصدق بالفضل لتمكن الخبث فيه وكان سبيله التصدق هذا اذا كان شيا
في تبعيضه ضرر بكل واحد من الشريكين فاما اذا كان شيا في تبعيضه ضرر باحدهما

القسمة صح
منفتح صح
دفع الطريق صح
الطريق لان ما هو المقصود من القسمة وهو تكميل منافع الملك في هذه القسمة او فوات لم يكن دفع صح
والباب هو الموضع المدخل الى الدار في ما يكفي للاستطراق صح
شرط الانتفاع من كل واحد منهما بملك شريكه ومثل هذا الشرط مفسد للبيع فكان مفسدا للقسمة صح

دون الاخر كالدار المشتركة بين رجلين ولاحدهما فيها شقص قليل فان طلب صاحب
الكثير القسمة قسم بالاجماع لان القسمة في حقه مفيدة لوقوعها محصلة لما شرعت
له من تكميل منافع الملك وفي حق صاحب القليل منعا له من الانتفاع بنصيب شريكه
فجازت وان طلب صاحب القليل القسمة فقد ذكر الحاكم الجليل في مختصره انه يقسم
وذكر القدوري انه لا يقسم وجه ما ذكره الحاكم انه لا ضرر في هذه القسمة في
حق صاحب الكثير بل فيه منفعة وكان في الاباء متعنتا فلا يعتبر اباؤه وصاحب
القليل قد رضي بالضرر حيث طلب القسمة فيجبر على القسمة كما اذا لم يكن في
تبعيضه ضرر باحدهما اصلا بخلاف الفصل الاول لان هناك القسمة تقع اضرارا
بكل واحد منهما ولم يوجد الرضا بالضرر والقاضي لا يملك الجبر على الاضرار
فهو الفرق وجه ما ذكر القدوري ان صاحب القليل متعنت في طلب القسمة لكون
القسمة ضررا محضا فلم يعتبر طلبه وقسمة الجبر لم تشرع بدون الطلب ولو
اقتسما بانفسهما جازت لما ذكرنا ان صاحب القليل قد رضي بالضرر بنفسه
ولا ضرر فيه بصاحب الكثير اصلا فجازت قسمتهما وعلى هذا دار بين شريكين
قسمت بينهما فاصاب احدهما موضع بغير طريق شرط له في القسمة فان كان له
فيما اصابه مفتح الى الطريق جازت القسمة لانه لا مضرة له فيها اذ يمكنه الانتفاع
بنصيبه بفتح طريق اخر وان لم يكن له فيما اصابه مفتح اصلا فان ذكر الحقوق
في القسمة فله حق الاجتياز في نصيب صاحبه لان الطريق من الحقوق وصار
مذكورا بذكر الحقوق وان لم يذكر لم تجز القسمة لان القسمة اضرار في حق احد
الشريكين وكذلك اذا اقتسمت بغير مسيل شرط لاحدهما ووقع المسيل في
نصيب الاخر فهو على التفصيل الذي ذكرنا في الطريق ولو اقتسما على ان لا طريق
له ولا مسيل جازت لانه رضي بالضرر والله اعلم وعلى هذا الاصل يخرج قسمة
الجمع انه لا يجبر عليها في جنسين لانها في الاجناس المختلفة تقع اضرارا في حق
احدهما فلا يجبر عليها على ما سنذكره ان شاء الله تعالى هذا الذي ذكرنا قسمة
التفريق واما قسمة الجمع فهي ان يجمع نصيب كل واحد من الشريكين في عين
على حدة وانها جايزة في جنس واحد ولا تجوز في جنسين لانها عند اتحاد الجنس
تقع وسيلة الى ما شرعت له وهو تكميل منافع الملك وعند اختلاف الجنس تقع
تفويتا للمنفعة لا تكميلا لها واذا عرف هذا فنقول وبالله التوفيق لا خلاف
في ان الامثال المتساوية وهي المكيلات والموزونات والعدديات المتقاربة
من جنس واحد تقسم قسمة جمع لانه يمكن استيفا ما شرعت له القسمة فيها من غير

يقع

بنصيبه اذ لا يقدر على الانتفاع بنصيبه الا بالانتفاع بنصيب صاحبه فكانت القسمة في حقه منعا له من الانتفاع صح

في حقه صح

قسمة الجمع

ضرر

ضرر لانعدام التفاوت وكذلك تبر الذهب وتبر النحاس وتبر الحديد لما قلنا وكذلك
الثياب اذا كانت من صنف واحد كالهروية والمروية وكذلك الابل والبقر والغنم
لان التفاوت عند اتحاد الجنس والمطلوب لا يتفاحش بل يقل والتفاوت القليل ملحق
بالعدم او يجبر بالقيمة فيمكن تعديل القسمة فيه وكذلك اللالي المنفردة وكذلك
اليواقيت المنفردة لما قلنا وكذا لا خلاف في انه لا يقسم في جنسين من المكيل والموزون
والمذروع والعددي قسمة جمع كالحنطة والشعير والقطن والحديد والجوز واللوز
والثياب الهروية والمروية وكذا اللالي واليواقيت وكذا الخيل والابل والبقر والغنم
وكذا اذا كان من جنس فرد كبرذون وجمل وبقرة وشاة وقبا وجبة وقميص ووسادة
وبساط لان هذه الاشيا لو قسمت على الجمع لكان لا يخلو من احد وجهين اما ان تقسم
باعتبار اعيانها واما ان تقسم باعتبار قيمتها بان تضم الى بعضها دراهم او دنانير لا
سبيل الى الاول لان فيه ضررا باحدهما لكثرة التفاوت عند اختلاف الجنس والقاضي
لا يملك الجبر على الضرر ولا سبيل الى الثاني لان ذلك قسمة في غير محلها لان محلها الملك
المشترك ولم يوجد في الدراهم ولو اقتسما بانفسهما او تراضيا على ذلك جازت القسمة
حتى لو اقتسما ثوبين مختلفي القيمة وزاد مع الاوكس دراهم مسماة جاز وكذا في ساير الموا
يكون ذلك قسمة الرضا لا قسمة القضا وكذا الاواني سوا اختلف اصلها او اتحد لانها
بالصناعة اخذت حكم جنسين حتى يجوز بيع الاواني الصغار واحدا باثنين واما
الرقيق فلا يقسم عند ابي حنيفة رحمه الله قسمة جمع وعند ابي يوسف ومحمد رحمهما
الله يقسم وجه قولهما ان الرقيق على اختلاف اوصافها وقيمتها جنس واحد فاحتمل
القسمة كساير الحيوانات من الابل والبقر والغنم وما فيها من التفاوت يمكن تعديله
بالقيمة وجه قول ابي حنيفة رحمه الله انه لم يوجد شرط جواز القسمة وجواز
التصرف بدون شرط جوازه محال وبيان ذلك على نحو ما ذكرنا انا لو قسمنا رقابا
باعتبار اعيانها فقد اضررنا باحدهما التفاوت فاحش فيما بين عبد وعبد في
المعاني المطلوبة من هذا الجنس وكانا في حكم جنسين مختلفين ومن شرط
جواز هذه القسمة ان لا يتضمن ضررا بالمقسوم عليه ولو قسمناها باعتبار
قيمتها لوقعت القسمة في غير محلها لان محلها الملك المشترك ولا شركة في القيمة
والمحلية من شرايط صحة التصرف فصح ما ذكرنا ولو اقتسما بانفسهما جاز لتراضيهما
بالضرر وكذا لو كان مع الرقيق غيره قسم كذا ذكر في كتاب القسمة لانه ان كان لا
يحتمل القسمة مقصودا فيجعل تبعا لما يحتملها فيقسم بطريق التبعية كالشرب
والطريق لانه لا يجوز بيعهما مقصودا ويدخلان في البيع تبعا للنهر والارض كذا هذا

وثوب صح

والدنانير صح

ضح

وذكر الجصاص ان المذكور في الاصل محمول على قسمة الرضا فاما قسمة القضا فلا تجوز
وان كان مع غيره لان غير المقسوم ليس بتبع للمقسوم بل هو اصل بنفسه بخلاف
الشرب والطريق وكذلك الدور عند ابي حنيفة رحمه الله لا تقسم قسمة جمع
حتى لو كان بين رجلين داران تقسم كل دار على حدتها سوا كانتا منفصلتين او
متلاصقتين وعند ابي يوسف ومحمد رحمهما الله ينظر القاضي في ذلك ان كان الاعدل
في الجمع جمع وان كان الاعدل في التفريق فرق وكذا لو كان بينهما ارضان او كرمان
فهو على هذا الخلاف واما البيتان فيقسمان قسمة جمع بالاجماع متصلين كانا او
منفصلين وكذا المنزلان المتصلان واما المنفصلان في دار واحدة فعلى الاختلاف
وجه قولهما ان الدور كلها جنس واحد والتفاوت الذي بين الدارين يمكن تعديله
بالقيمة فيفوض الى راي القاضي ان راى الاعدل في الجمع جمع وان راى الاعدل
في التفريق فرق ولابي حنيفة رحمه الله على نحو ما ذكرنا في الرقيق ان القسمة فيها باعتبار
اعيانها تقع ضررا لتفاوت متفاحش بين دار ودار لاختلاف الدور في انفسها
واختلافها باختلاف البنا والبقاع وكانا في حكم جنسين مختلفين والقسمة فيها باعتبار
القيمة تقع تصرفا في غير محله فلا يصح ولو اقتسما بانفسهما او القاضي بتراضيهما جاز
لما مر والله اعلم واما دار وضيعة او دار وحانوت فلا يجمع بالاجماع بل يقسم كل
واحد على حدته لاختلاف والله اعلم ومنها الطلب في احد نوعي القسمة وهي
قسمة الجبر حتى انه لو لم يوجد الطلب من احد الشركا اصلا لم تجز القسمة لان
القسمة من القاضي تصرف في ملك الغير والتصرف في ملك الغير من غير اذنه
محظور من الاصل الا عند طلب البعض يرتفع الحظر لانه اذا طلب علم ان له في
استبقا هذه الشركة ضررا اذ لو كان الطلب لتكميل المنفعة لطلب صاحبه وكان
عليه ان يمتنع من الاضرار به فاذا ابى علم انه لا يمتنع فيدفع القاضي ضرره بالقسمة
وكانت القسمة في هذه الصورة من باب دفع الضرر والقاضي نصب له ونظيره
الشفعة فان الشفيع يتملك الدار على المشتري من غير رضاه دفعا للضرر لانه لما
طلب الشفعة علم انه يتضرر بجواره فالشرع دفع ضرره عنه باثبات حق
التملك بالشفعة جبرا عليه كذا هذا ومنها الرضا في احد نوعي القسمة وهو
رضا الشركا فيما يقتسمونه بانفسهم اذا كانوا من اهل الرضا او رضى من يقوم مقامهم
اذا لم يكونوا من اهل الرضا فان لم يوجد لا تصح حتى لو كان في الورثة صغير لا وصي له
او غايب كبير فاقتسموا فقسمتهم باطلة لما ذكرنا ان القسمة فيها معنى البيع وقسمة
التراضي اشبه بالبيع ثم لا يملكون البيع الا بالتراضي فكذا القسمة الا اذا لم يكونوا من اهل

بالجنس صح

بالشفعة صح

الرضا

الرضا كالصبيان والمجانين فيقسم الولي او الوصي اذا كانت في القسمة منفعة لهم لانها
بمكان البيع فيملكان القسمة وكذا اذا كان فيهم صغير وله ولي او وصي يقتسمون
برضى الولي او الوصي فان لم يكن نصب القاضي عن الصغير وصيا واقتسما برضاه فان
ابى القسمة حتى لو كان كبير غايب لا تجوز قسمتهم اصلا ولا يقسم القاضي ايضا اذا لم يكن
عنه خصم حاضر ولكنه لو فعل لا تنقض قسمته لانه صادف محل الاجتهاد فينفذ
ومنها البينة في قسمة القضا في الاقرار بميراث العقار عند ابي حنيفة وعندهما
ليست بشرط ويقسم باقرارهم وجملة الكلام في بيان هذين الشرطين ان جماعة
جاوا الى القاضي وهم عقلا بالغون اصحا وفي ايديهم مال فاقروا انه ملكهم وطلبوا
القسمة من القاضي فهذا لا يخلو في الاصل من احد وجهين اما ان يقروا بالملك مطلقا عن
ذكر سبب واما ان اقروا بالملك بسبب ادعوا انتقال الملك به من احد وكل
وجه على وجهين اما ان يكون المال الذي في ايديهم منقولا او عقارا فان اقروا
بالملك مطلقا عن سبب الانتقال قسم باقرارهم ويذكر في كتاب الصك اني قسمت
باقرارهم ولم اقض فيه على احد ولا يطلب منهم البينة على اصل الملك منقولا كان
المال او عقارا اذا لم يكن فيهم كبير غايب لانه وجد دليل الملك وهو اليد
والاقرار من غير منازع ولا دعوى انتقال الملك من احد اليه فان كان فيهم كبير
غايب لم يقسم لما ذكرنا ان حضرة الشركا او من يقوم مقامهم شرط ولم يوجد
لان الحضور في هذا الموضع لا يصلحون خصما عن الغايب وان اقروا بالملك بسبب
الميراث فان قالوا هو ميراث عن فلان فان كان المال منقولا قسم بينهم باقرارهم
بالاجماع ولا يطلب منهم البينة وان كان فيهم كبير غايب بعد ان كان الحاضران
اثنين كبيرين او احدهما صغير قد نصب عنه وصي وان كان المال عقارا فلا
يقسم عند ابي حنيفة رحمه الله حتى يقيموا البينة على موت فلان وعلى عدد الورثة
وعند ابي يوسف ومحمد رحمهما الله يقسم باقرارهم ويشهد على ذلك في الصك
وجه قولهما ان محل القسمة الملك المشترك وقد وجد لوجود دليل الملك
وهو اليد والاقرار بالوراثة من غير منازع فصادفت القسمة محلها فيقسم ويكتب
انه قسم باقرارهم كما في المنقول ولان البينة انما تقام على منكر والكل مقرون فعلى من
تقام البينة وجه قول ابي حنيفة ان هذه قسمة صادفت حق الميت بالابطال
فلا تصح الا ببينة كدعوى الاستحقاق على الميت وبيان ذلك ان الدار قبل القسمة مبقاة
على حكم ملك الميت بدليل ان الزوايد الحادثة قبل القسمة تحدث على ملكه حتى لو
كانت التركة شجرة فاثمرت كان الثمرة حتى تقضى منه ديونه وتنفذ منه وصاياه

اي ترافعوا الى القاضي حتى تقسم بينهم ومنها حضرة الشركا او من يقوم مقامهم في نوعي صح

بينهم صح

وكانت القسمة تصرفا على حقه بالابطال فلا تجوز الا ببينة بخلاف المنقول لان قسمته
ليست قطعا لحق الميت بل هو حفظ حق الميت لان المنقول محتاج الى الحفظ والقسمة
نوع حفظ له واما العقار فمستغنى عن الحفظ فبقيت قسمته قطعا لحقه فلا
يملك الا ببينة واما قولهما الا منكر لها هنا فعلى من تقام البينة قلنا تقام على بعض
الورثة من البعض وان كانوا مقرين وذلك جائز كالاب او الوصي اذا اقر على
الصغير لا يصح اقراره الا ببينة ولا منكر لها هنا كذا هنا هذا اذا اقروا بالملك
بسبب الارث فاما اذا اقروا به بسبب الشرا من فلان غايب فان كان المال
منقولا قسم باقرارهم بلا خلاف وان كان عقارا ذكر في ظاهر الرواية انه يقسم
باقرارهم ولا يطلب منهم البينة على الشرا من فلان فقد فرق بين الشرا وبين الميراث
وروى عن ابي حنيفة انه لا يقسم الا ببينة كالميراث وجه هذه الرواية انهم
لما اقروا انهم ملكوه بالشرا من فلان فقد اقروا بالملك له وادعوا الانتقال اليهم
من جهته فاقرارهم مسلم ودعواهم ممنوعة محتاجة الى الدليل وهو البينة
وجه ظاهر الرواية وهو الفرق بين الشرا والميراث ان امتناع القسمة في المواريث
بنفس الاقرار لما يتضمن من ابطال حق الميت وذلك منعدم في باب البيع اذ لا يبقى
حق البايع في المبيع بعد البيع والتسليم فصادفت القسمة محلها فصحت هذا اذا
لم يكن في الورثة كبير غايب او صغير حاضر فان كان فاقروا بالميراث فلا يشكل
عند ابي حنيفة رحمه الله انه لا يقسم باقرارهم لانه لا يقسم بين الكبار الحضور فكيف
يقسم ها هنا واما عندهما فينظر ان كانت الدار في يد الكبار الحضور يقسم ما
بينا ويضع نصيب الغايب على يد عدل يحفظه لان بعض الورثة خصم عن
البعض وينصب عن الصغير وصيا وان كانت الدار في يد الغايب الكبير او في يد
الحاضر الصغير او في ايديهما منها شي لا يقسم حتى تقوم البينة على الميراث وعدد
الورثة بالاجماع لانه اذا كان في يده من الدار شي فالحاجة الى استحقاق ذلك من
يده فلا يصح الا ببينة هذا اذا لم تقم البينة على ميراث العقار فاما اذا قامت
البينة عليه وطلبوا القسمة فانه ينظر ان كان الحاضر اثنين فصاعدا والغايب
واحدا او اكثر وفيهم صغير حاضر فانه يقسم ويعزل نصيب كل كبير وصغير
فيوكل وكيلا يحفظه بخلاف الملك المطلق اذا حضر شريكان وشريك
غايب انه لا يقسم ووجه الفرق ما ذكرنا ان قسمة العقار تصرف على الميت
وقضا عليه بقطع حقه عن التركة وكل واحد من الورثة قايم مقام الميت فيما له
وعليه ولهذا يرد كل واحد منهم بالعيب ويرد عليه فاذا كان الحاضر اثنين

فصاعدا امكن ان يجعل احدهما خصما عن الميت في القضا عليه والاخر مقضيا عليه
فتصح القسمة وان كان الحاضر واحدا والباقون غيبا لم يقسم لانه لا يمكن
ان يجعل هو خصما عن الميت حتى يسمع البينة عليه لاستحالة كون الشخص الواحد
في زمان واحد بجهة واحدة مقضيا له ومقضيا عليه وان كان مع الحاضر
وارث صغير نصب القاضي عنه وصيا وقسم لان القسمة ها هنا ممكن لوجود
متقاسمين حاضرين واذا قسم القاضي المنقول بين الورثة باقرارهم او
العقار بالبينة عند ابي حنيفة رحمه الله وفيهم كبير غايب فعزل نصيبه
ووضعه على يدي عدل ثم حضر الغايب فان اقر كما اقروا وليكن فقد مضى الامر
وان انكر ترد القسمة في المنقول بالاجماع وكذلك في العقار عند ابي يوسف ومحمد
وعند ابي حنيفة رحمهم الله في العقار لا ترد القسمة لان القسمة المبنية على البينة
قد نفذت على الغايب فلا يعتبر انكاره والله اعلم ولو كانت الدار ميراثا وفيها
وصية بالثلث وبعض الورثة غايب وطلب الموصى له بالثلث القسمة بعد ما اقام
البينة على الميراث والثلث قسم لان الموصى له بمنزلة واحد من الورثة فاذا كان
معه وارث حاضر فكانه حضر اثنان من الورثة ولو كان كذلك قسم وان كان
الباقون غيبا كذا ها هنا والله اعلم ومنها ان يكون المقسوم عليه مالكا للمقسوم
وقت القسمة وهو ان يكون له فيه ملك فلو لم يكن لم تجز القسمة لما سنذكره

فصل واما الذي يرجع الى المقسوم فواحد وهو ان يكون المقسوم مملوكا
للمقسوم له وقت القسمة فان لم يكن لا تجوز القسمة لان افراز بعض الانصبا
ومبادلة البعض وكل ذلك لا يصح الا في المملوك وعلى هذا اذا استحقت العين المقسومة
تبطل القسمة في الظاهر وفي الحقيقة يتبين انها لم تصح ولو استحق شي منها
تبطل في القدر المستحق ثم تستانف القسمة وقد لا تستانف وقد يثبت الخيار
وقد لا يثبت وبيان هذه الجملة ان الاستحقاق اذا ورد على المقسوم لا يخلو الامر
فيه من احد وجهين اما ان ورد على كله واما ان ورد على جزء فان ورد على
كل المقسوم يبطل القسمة وفي الحقيقة لم تصح من الاصل لانعدام شرط الصحة
وهو الملك المشترك فتستانف القسمة وان ورد على جزء من المقسوم لا يخلو من
احد وجهين ايضا اما ان ورد على جزء شايع منه واما ان ورد على جزء معين
من احد النصيبين فان ورد على جزء شايع لا يخلو من احد وجهين ايضا اما ان ورد
على جزء شايع من النصيبين جميعا واما ان ورد على جزء شايع من احد النصيبين
دون الاخر فان ورد على جزء شايع من النصيبين جميعا كالدار المشتركة بين

القسمة صح

تد صح

رجلين نصفين اقتسماها فاخذ احدهما ثلثا من مقدمها واخذ الاخر ثلثين من مؤخرها
وقيمتهما سوا بان كانت كل واحد منهما ستماية درهم مثلا فاستحق نصف الدار
بطلت القسمة بالاجماع لانه بالاستحقاق تبين ان نصف الدار شايعا ملك
المستحق فتبين ان القسمة لم تصح في النصف الشايع وذلك غير معلوم فبطلت
القسمة اصلا وان استحق نصف نصيب صاحب المقدم شايعا بطلت القسمة
ايضا عند ابي يوسف لانه ظهر ان المستحق شريكهما في الدار وظهر ان قسمتهما لم
تصح دونه فبطلت القسمة كما اذا ورد الاستحقاق علي نصف الدار شايعا وعند
ابي حنيفة ومحمد رحمهما الله له الخيار ان شا امسك ما في يده ورجع بباقي حصته
وهو مثل ما استحق في نصيب الاخر وان شا فسخ القسمة لان بالاستحقاق ظهر
ان القسمة لم تصح في القدر المستحق لا فيما وراه لان المانع من الصحة انعدام الملك
وذلك في القدر المستحق لا فيما وراه وليس من ضرورة انعدام الصحة في القدر المستحق
انعدامها في الباقي لان معني القسمة وهو الافراز والمبادلة لم ينعدم باستحقاق هذا
القدر في الباقي فلا تبطل في الباقي بخلاف ما اذا استحق نصف الدار شايعا
لان هناك وان ورد الاستحقاق علي النصف واوجب بطلان القسمة فيه
مقصودا لكن من ضرورته بطلان القسمة في الباقي لانعدام معني القسمة في الباقي
اصلا وها هنا لم ينعدم فلا تبطل لكن يثبت الخيار ان شا رجع بباقي حصته
في نصيب شريكه وذلك مثل نصف المستحق لان القدر المستحق من النصيبين
جميعا فيرجع عليه بذلك ان شا وهو ربع نصيبه وان شا فسخ القسمة لاختلال
معناها ولدخول عيب الشركة اذ الشركة في الاعيان المجتمعة عيب والعيب
يثبت الخيار وذكر الطحاوي الخلاف في المسلة بين ابي حنيفة وصاحبيه
ولو كان صاحب المقدم باع نصف ما في يده واستحق النصف الباقي فانه يرجع
علي صاحبه بنصف ما في يده عند ابي حنيفة ومحمد وعند ابي يوسف يغرم
نصف قيمة ما باع لشريكه ويضمه الي ما بيد شريكه ويقتسمان نصفين
وجه قول ابي يوسف ما بينا ان بالاستحقاق ظهر ان القسمة لم تصح اصلا وان
البيع كان فاسدا فيضمن نصف قيمة ما باع لشريكه ثم يقتسمان الباقي نصفين
وجه قولهما ما ذكرنا في المسلة المتقدمة الا ان ها هنا لا يثبت خيار الفسخ لمانع
وهو البيع فيرجع علي صاحبه بربع ما في يده ولو استحق نصف معين من احد
النصيبين لا تبطل القسمة بالاجماع لما ذكرنا في المسايل المتقدمة بل اولي لان الاستحقاق
ورد علي جزء معين فلا يظهر ان المستحق كان شريكا لهما فلا تبطل القسمة لكن

م قيمة صح

م القسمة صح

بطل

يثبت الخيار والمستحق عليه ان شا نقض القسمة لان الاستحقاق اوجب انتقاص المعقود
عليه والانتقاص في الاعيان المجتمعة عيب فيثبت الخيار وان شا رجع علي صاحبه بربع
ما في يده لما بينا ان القدر المستحق من النصيبين جميعا ولو استحق كل ما في يده لرجع
عليه بالنصف فاذا استحق النصف يرجع بالربع والله اعلم وعلي هذا ماية شاة بين رجلين
اقتسماها فاخذ احدهما اربعين تساوي خمسماية واخذ الاخر ستين تساوي خمسماية
درهم فاستحقت شاة من الاربعين تساوي عشرة دراهم لم تبطل القسمة بالاجماع لانه
تبين ان القسمة صادفت المملوك فيما ورا القدر المستحق والمستحق معين فلا تظهر
الشركة ها هنا اصلا فلا تبطل القسمة ولكن يرجع علي شريكه بحصته وهو خمسة
لان المستحق من النصيبين جميعا والله اعلم كر حنطة بين رجلين نصفين عشرة
منها طعام جيد وثلاثون ردي فاقتسماه فاخذ احدهما عشرة جيدة وثوبا
واخذ الاخر ثلاثين رديا حتي جازت القسمة ثم استحق من الثلاثين عشرة فقوله يرجع
علي صاحبه بنصف الثوب استحسانا والقياس ما ذكره في زيادات الزيادات انه
يرجع عليه بثلث الثوب وثلث الطعام الجيد ووجهه ان الاستحقاق ورد علي
عشرة شايعة في الثلاثين فكان المستحق في الحقيقة من كل عشرة ثلثها وذلك
يوجب الرجوع بثلث الجيد وجه الاستحسان ان طريق جواز هذه القسمة
ان تكون العشرة بمقابلة العشرة والعشرون بمقابلة الثوب فاذا استحق منه
وانه بمقابلة نصف الثوب فيرجع عليه بنصف الثوب وقوله للمستحق عشرة
شايعة في الثلاثين لان العشرة المعينة وهي التي من حصة الثوب فنعم هذا
هو الحقيقة الا انا لو عملنا بهذه الحقيقة لاحتجنا الي نقض القسمة وابطالها
ولو صرفنا الاستحقاق الي العشرة هي من حصة الثوب لم نحتج الي ذلك وتصرف
العاقل يجب صيانته عن النقض والابطال ما امكن وذلك فيما قلناه وعلي هذا
ارض بين رجلين نصفين قسمت ثم استحق احد النصيبين وقد بنا صاحبه فيه
بنا او غرس فيه غرسا فنقض البنا وقلع الغرس لم يرجع المستحق عليه علي صاحبه
بشي من قيمة البنا والغرس والاصل فيه ان كل قسمة وقعت باجبار القاضي
او باحد الشريكين علي الوجه الذي يجبرهما القاضي لو ترافعا اليه ثم استحق
احد النصيبين وقد بنا صاحبه فيه بنا او غرس فنقض وقلع لا يرجع بشي
من ذلك علي صاحبه لان صاحبه مجبور علي القسمة من جهة القاضي فيكون مضافا
الي القاضي اما اذا وقعت القسمة باجبار القاضي فلا شك فيه وكذا اذا اقتسما بانفسهما
لان ذلك قسمة جبر من حيث المعني لدخولها تحت جبر القاضي عند المرافعة اليه

م النصف صح

بلغ

واذا كان مجبورا عليه فلم يوجد منه ضمان السلامة فلا يواخذ بضمان الاستحقاق
اذ هو ضمان السلامة ونظير هذا الشفيع اذا اخذ العقار من المشتري بالشفعة وبني
فيها او غرس ثم استحق وقلع البنا لا يرجع بقيمة البنا على المشتري لانه ما ملكه
باختياره بل اخذ منه جبرا وكذلك قال محمد رحمه الله في الجارية الماسورة اذا
اشتراها رجل من اهل الحرب ثم اخذها المالك القديم فاستولدها ثم استحقها رجل
لا يرجع بقيمة الولد على الذي اخذها منه لانه لم ياخذها منه باختياره بل
كرها وجبرا وكذلك الاب اذا وطي جارية ابنه فاعلقها ثم استحقها رجل لا يرجع
بقيمة الولد على على الابن لانه تملكها من غير اختيار الابن وقال ابو يوسف
رحمه الله اذا غصب جارية فابقت من يده فادى ضمانها ثم عادت الجارية
فاستولدها الغاصب ثم استحقت له ان يرجع بقيمة الولد على المولى لانه كان
مختارا في اخذ القيمة من الغاصب وكان ضامنا السلامة فيرجع عليه بحكم الضمان
وعلى هذا دار ان او ارضان بين رجلين اقتسما فاخذ كل واحد منهما احدهما وبني
فيها ثم استحقت يرجع بنصف قيمة البنا عند ابي حنيفة رحمه الله لان القاضي لا يجبر
على قسمة الجمع في الدار والعقار عنده فاذا اقتسما بانفسهما كانت القسمة فيهما
مبادلة فاشبهت البيع وكان كل واحد منهما ضامنا بسلامة النصف لصاحبه
فاذا لم يسلم يرجع عليه بحكم الضمان كما في البيع واما عندهما فقد اختلف المشايخ
فيه قال بعضهم لا يرجع لان القاضي يجبر على هذه القسمة عندهما فاشبه استحقاق
النصف من دار واحدة وقال بعضهم يرجع وعليه اعتمد القدوري وهو الصحيح
لان القاضي انما يجبر على قسمة الجمع ها هنا عندهما اذا راى الجمع اعدل ولا يعرف
ذلك من راي القاضي اذا فعلا بانفسهما ولو كانتا جاريتين واخذ كل واحد منهما
جارية واستولدها ثم استحقت رجع على شريكه عند ابي حنيفة رحمه الله لان
القاضي لا يجبر على قسمة الرقيق عنده فاذا اقتسما بتراضيهما اشبه البيع على ما ذكرنا
واما عندهما فينبغي ان لا يرجع كذا ذكر القدوري فرق بين الرقيق وبين الدور لان
وبينهما فرق صح
القاضي هناك لا يجبر على الجمع عينا ولكنه يراعي الاعدل في ذلك من التفريق والجمع
وها هنا يجبر على الجمع لتعذر التفريق فلم يوجد ضمان السلامة فلا يرجع والله اعلم
وعلى هذا الاصل اذا اقتسم قوم دارا وفيها كنيف شارع على الطريق او ظلة فان كان
ذلك على طريق العامة لا يحتسب ذرع الكنيف والظلة من ذرع الدار لان رقبة
الارض ليست بمملوكة لاحد بل هو حق العامة وان كان على طريق غير نافذ يحسب
ذلك في ذرع الدار لان له في ذلك ملكا فاشبه علو البيت والله اعلم فصل

واما صفات القسمة فانواع منها ان تكون عادلة غير جايرة وهو ان تقع تعديلا
للانصبا من غير زيادة على القدر المستحق من النصيب ولا نقصان عنه لان القسمة
افراز بعض الانصبا ومبادلة البعض ومبنى المبادلات على المراضاة فاذا وقعت
جايرة فلم يوجد التراضي ولا افراز النصيب بكماله لبقا الشركة في البعض فلم
تجز القسمة وتعاد وعلى هذا اذا ظهر الغلط في القسمة المبادلة بالبينة او
بالاقرار تستانف لانه ظهر انه لم يستوف حقه فظهر ان معنى القسمة لم يتحقق
بكماله ولو ادعى احد الشريكين الغلط في القسمة فهذا لا يخلو من احد وجهين
نده صح
اما ان كان المدعي اقر باستيفا حقه واما ان كان لم يقر بذلك فان كان اقر
باستيفا حقه لم يسمع منه دعوى الغلط لكونه مناقضا في دعواه لان الاقرار
باستيفا الحق اقرار بوصول حقه اليه بكماله ودعوى الغلط اخبار انه لم يصل
اليه حقه بكماله فيتناقض وان كان لم يقر باستيفا حقه لا تعاد القسمة لمجرد
الدعوى لان القسمة قد صحت من حيث الظاهر فلا يقبل نقضها الا بحجة فان اقام
البينة اعيدت القسمة لما قلنا وان لم يقم له بينة وانكر شريكه فاراد استحلافه
حلفه على ما ادعى من الغلط لانه يدعي عليه ما هو جائز الوجود والعدم وهو
ينكر فيحلف وبيان ذلك دار بين رجلين اقتسماها واستوفى كل واحد حقه
ثم ادعى احدهما غلطا في القسمة لا تعاد القسمة ولكن يطالب البينة على الغلط
فان اقام البينة والا فيحلف شريكه ان شا لما قلنا فان حلف احد الشريكين ونكل الاخر
بان كان الشركا ثلاثة يجمع بين نصيب المدعي وبين نصيب الناكل فيقسم بينهما
على قدر نصيبهما لان نكوله دليل كون المدعي صادقا في دعواه في حقه وكان حجة
في حقه لا في حق الشريك الحالف فلم نصح القسمة في حقهما فتعاد في قدر نصيبهما
وكذلك لو ادعى الغلط بعد القسمة والقبض في المكيلات والموزونات والمذروعات
ولو كان بين رجلين داران اقتسماها فاخذ كل واحد منهما دارا ثم ادعى احدهما
الغلط في القسمة واقام البينة على ذلك فالقسمة باطلة عند ابي حنيفة رحمه الله
وعندهما لا يبطل ذلك ولكن يقضي للمدعي بذلك الذرع من الدار الاخرى وبنو
هذه المسالة على بيع ذراع من دار انه لا يجوز عنده وعندهما جايز ووجه
البنا ان قسمة الجمع في الدور بالتراضي جايزة بلا خلاف ومعنى المبادلة وان كان
لازما في نوعي القسمة لكن هذا النوع بالمبادلات اشبه واذا تحققت المبادلة صح
البنا والله اعلم ولو اقتسما دارا بينهما فاخذ كل واحد منهما طايفة ثم ادعى
احدهما بيتا في يد صاحبه انه وقع في قسمه واقام بينة سمعت بينته وان

اقاما جميعا البينة اخذت بينة المدعي لانه خارج وان كان قبل الاشهاد والقبض تحالفا
وترادا وكذا لو اختلفا في الحدود فادعي كل واحد منهما حدا في يد صاحبه انه اصابه واقام
البينة قضي لكل واحد منهما بالحد الذي في يد صاحبه لان كل واحد منهما مدع فيما في يد
صاحبه خارج وان قامت لاحدهما بينة يقضي ببينته وان لم يقم لهما بينة تحالفا
وهل ينفسخ العقد بنفس التحالف او يحتاج فيه الي فسخ القاضي اختلف المشايخ فيه علي ما
عرف في الشرع ولو اقتسم رجلان اقرحة فاخذ احدهما قراحين والاخر اربعة
ثم ادعي صاحب القراحين ان احد الاقرحة الاربعة اصابه في قسمه واقام البينة قضي
له به لما قلنا وكذلك هذا في اثواب اقتسماها فاخذ كل واحد منهما بعضها ثم ادعي
احدهما ان احد الاثواب الذي في يد صاحبه اصابه في قسمه واقام البينة قضي له
به ولو ادعي كل واحد منهما علي صاحبه ثوبا مما في يده انه اصابه في قسمه واقام البينة
يقضي لكل واحد منهما بما في يد الاخر لان كل واحد منهما مدع فيما في يد صاحبه خارج ولو
اقتسما مائة شاة فاصاب احدهما خمسة وخمسون واصاب الاخر خمسة واربعون
ثم ادعي صاحب الاوكس الغلط في القسمة او الخطا في التقويم لم يقبل منه الا ببينة ولو
قال اخطانا في العدد واصاب كل واحد منا خمسون وهذه الخمسة في قسمه وانكر
الاخر تحالفا وان اقام كل واحد منهما البينة ردت القسمة ولو قال احدهما لصاحبه
اخذت انت احدي وخمسين غلطا واخذت انا تسعة واربعين وقال الاخر
ما اخذت الا خمسين فالقول قوله مع يمينه لانه منكر لاستيفا الزيادة علي حقه والله
اعلم وعلي هذا الاصل تخرج قسمة عرصة الدار بالذرع انه يحتسب كل ذراعين
في القسمة صح
من العلو بذراع من السفل عند ابي حنيفة رحمه الله وعند ابي يوسف يحتسب ذراع
من السفل بذراع من العلو وعند محمد يحتسب علي القدر دون الذرع زعم كل واحد
منهم ان التعديل فيما يقوله والخلاف في هذه المسلة بين ابي حنيفة وابي يوسف مبني
علي الخلاف في مسلة اخري وهي ان صاحب العلو ليس له ان يبني علي العلو من غير رضي
صاحب السفل وان لم يضر بصاحب السفل من حيث الظاهر عند ابي حنيفة وعند
ابي يوسف له ان يبني ان لم يضر البناء به ووجه البناء ان صاحب العلو اذا لم يملك
البنا علي علوه عند ابي حنيفة كان للعلو منفعة واحدة وهي منفعة السكني فحسب
وللسفل منفعتان منفعة السكني ومنفعة البنا عليه وكذا السفل كما يصلح للسكني
يصلح لجعل الدواب فيه فاما العلو فلا يصلح الا للسكني خاصة وكان للسفل منفعتان
وللعلو منفعة واحدة وكانت القسمة عنده علي الثلث والثلثين وعند ابي يوسف
لما ملك صاحب العلو ان يبني علي علوه كانت له منفعتان ايضا فاستوي السفل والعلو

في المنفعة فوجب التعديل بالتسوية بينهما في الذرع واما محمد رحمه الله فانما اعتبر
القيمة لان احوال البلاد واهلها مختلفة فمنهم من يختار السفل علي العلو ومنهم من
في ذلك صح
يختار العلو علي السفل وكان التعديل في اعتبار القيمة والعمل في المسلة علي قول
محمد رحمه الله وهو اختيار الطحاوي ويحتمل ان ابا حنيفة رحمه الله انما فضل السفل
علي العلو بنا علي عادة اهل ~~بغداد~~ الكوفة من اختيارهم السفل علي العلو وابو يوسف
انما سوي بينهما بنا علي عادة اهل بغداد لاستوا العلو والسفل عندهم فاخرج كل
واحد منهما الفتوي علي عادة زمانه ومحمد رحمه الله بنا الفتوي علي المعلوم من اختلاف
العادات باختلاف البلدان وكان الخلاف منهم من حيث الصورة لا من حيث المعني
والله اعلم
وبيان ذلك في سفل بين رجلين وعلو من بيت اخر بينهما ارادا قسمتهما يقسم
البنا علي القيمة بلا خلاف واما العرصة فتقسم بالذرع عند ابي حنيفة وابي يوسف
وعند محمد بالقيمة ثم اختلف ابو حنيفة وابو يوسف فيما بينهما في كيفية القسمة
فعند ابي حنيفة ذراع بذراعين علي الثلث والثلثين وعند ابي يوسف ذراع بذراع
ولو كان بينهما بيت تام علو وسفل وعلو من بيت اخر فعند ابي حنيفة يحسب في
القسمة كل ذراع من العلو والسفل بثلاثة اذرع من العلو ارباعا عنده لما ذكرنا من
الاصل وكانت القسمة ارباعا وعند ابي يوسف ذراع من السفل والعلو بذراعين
من العلو لاستوا السفل والعلو عنده وكانت القسمة اثلاثا ولو كان بينهما بيت تام
سفل وعلو وسفل اخر فعند ابي حنيفة رحمه الله يحسب كل ذراع من السفل
والعلو بذراع ونصف من السفل ذراع من سفل البيت التام بذراع من السفل الاخر
الاخر وعند ابي يوسف ذراع من التام بذراعين من السفل صح
وذراع من علوه بنصف ذراع من السفل والله اعلم وعلي هذا الاصل يخرج ما اذا اقتسما
دارا وفضلا بعضها علي بعض بالدراهم او الدنانير لفضل قيمة البنا او الموضع ان القسمة
جايزة لانها وقعت عادلة لان الدار قد تفضل بعضها علي بعض بالبنا والموضع وكان
من حيث المعني صح
ذلك تفضيلا من حيث الصورة تعديلا من حيث المعني ولو لم يسميا قيمة فضل البنا و
في القسمة
جازت القسمة استحسانا ويجب قيمة فضل البنا وان لم يسمياها في القسمة والقياس
ان لا تجوز القسمة لان هذه قسمة بعض الدار دون بعض لان العرصة مع البنا بمنزلة شي
واحد وقسمة البنا وانها غير جايزة ووجه الاستحسان ان قسمة العرصة قد صحت
بالقيمة فاذا لم توجد القيمة بقيت مجهولة فوقعت القسمة للعرصة دون البناء صح
لوقوعها في محلها وهو الملك المشترك ولا صحة لها الا بقسمة البنا وذلك بالقيمة
فيجب علي صاحب الفضل قيمة فضل البنا وان لم يسم ضرورة صحة القسمة والله اعلم
وعلي هذا الاصل ايضا تخرج قسمة الجمع في الاجناس المختلفة انها غير جايزة جبرا
بالاجماع لتعذر تعديل الانصبا الا بالقيمة ولا تجوز في الرقيق والدور عند ابي حنيفة

وجه اسه لانها في حكم الاجناس المختلفة ولا تقع القسمة فيهما عادلة بل جابرة ولا تقسم الاولاد
في بطون الغنم لتعذر التعديل وعلى هذا يخرج رد المقسوم بالعيب في نوعي القسمة لانه
اذا ظهر به عيب فقد ظهر انها وقعت جابرة لا عادلة وكان له حق الرد بالعيب كما في
البيع الا ان في البيع يرجع بتمام النقصان وفي القسمة يرجع بالنصف لان النقصان في القسمة
يرجع بالنصيبين جميعا فيرجع بنصف النقصان من نصيب شريكه واما الرد بخيار الروية
والشرط فيثبت في قسمة الرضا لان القسمة فيها معنى المبادلة وهذا النوع اشبه بالمبادلة
لوجود الرضا من الجانبين فيثبت فيه خيار الروية كما في البيع ولا يثبت في قسمة القضاء
لخلوها عن المبادلة بل العدم الفايدة لانه لو ردها بخيار الروية والشرط لاجبره القاضي
ثانيا فلا يفيد والله اعلم ولا تجب الشفعة في القسمة لان حق الشفعة يتبع المبادلة المحضة
لثبوتها على مخالفة القياس والقسمة مبادلة من وجه فلا تحتمل الشفعة ولانها لو
وجبت لا تخلوا اما ان تجب للشريك او للجار لا سبيل الى الاول لان الشفعة لغير البايع
والمشتري ولا سبيل الى الثاني لان الشريك اولى من الجار والله تعالى اعلم ومنها
الوجوب عند الطلب حتى يجبر على القسمة فيما ينتفع كل واحد من الشريكين بقسمته وكذا
فيما ينتفع بها احدهما ويستضر الاخر يجبر عند طلب المنتفع بالاجماع وعند طلب
المستضر اختلاف روايتي الحاكم والقدوري وقد ذكرناه ومنها اللزوم بعد تمامها
في النوعين جميعا حتى لا يحتمل الرجوع عنها اذا تمت واما قبل التمام فكذلك في احد
نوعي القسمة وهو قسمة القضا دون النوع الاخر وهو قسمة الشركا بيان ذلك
ان الدار اذا كانت مشتركة بين قوم فقسمها القاضي او الشركا بالتراضي فخرجت
السهام كلها بالقرعة لا يجوز لهم الرجوع وكذلك اذا خرج الكل الا سهم واحد لانه
بد لك خروج السهام كلها لكون ذلك السهم متعينا لمن بقي من الشركا وان خرج بعض
السهام دون البعض فكذلك في قسمة القضا لانه لو رجع احدهم لاجبره القاضي
على القسمة ثانيا فلا يفيد رجوعه واما في قسمة التراضي فيجوز الرجوع لان قسمة
التراضي لا تتم الا بعد خروج السهام كلها وكل عاقد بسبيل من الرجوع عن العقد
قبل تمامه كما في البيع ونحوه **فصل** واما بيان حكم القسمة فنقول وبالله
التوفيق حكم القسمة ثبوت الاختصاص بالمقسوم عينا تصرفا فيه فيملك المقسوم
له في المقسوم جميع التصرفات المختصة بالملك حتى لو وقع في نصيب احد الشريكين
ساحة لا بنا فيها ووقع البنا في نصيب الاخر فلصاحب الساحة ان يبني في ساحته
وله ان يرفع بناه وليس لصاحب البنا ان يمنعه وان كان ينسد عليه الريح والشمس
لانه يتصرف في ملك نفسه فلا يمنع عنه وكذا له ان يبني في ساحته مخرجا او تنورا

ولو امتنع الرد بالعيب لوجود المانع منه يرجع بالنقصان كما في البيع

تجب صح

او

اوجها ما اوردنا لما قلنا وله ان يفتح في بنايه بابا او كوة لما ذكرنا الا ترى ان له رفع
الجدار اصلا ففتح الباب والكوة اولى وله ان يحفر في ملكه بيرا او بالوعة او كرباسا
وان كان يهن من ذلك لا يضمن لانه لا صنع منه في ملك الغير والاصل ان لا يمنع الانسان
من التصرف في ملك نفسه الا ان الكف عما يوذي الجار احسن قال الله تعالى
واعبدوا الله ولا تشركوا به شيا وبالوالدين احسانا الى قوله والجار الجنب خصه
بالامر بالاحسان اليه فلين لم يحسن اليه فلا اقل من ان يكف عنه اذاه وعلى هذا
دار بين رجلين ولرجل فيها ولرجل فيها طريق دار فاراد ان تقسماها ليس
لصاحب الطريق منعهما عن القسمة لانهما بالقسمة متصرفان في ملك انفسهما فلا يمنعا
عنه فيقتسمان ما ورا الطريق ويترك الطريق على حاله على سعة عرض باب
الدار لما ذكرنا من قبل ولو باعوا الدار والطريق فان كانت رقبة الطريق مشتركة
بينهم قسموا ثمن الطريق بينهم اثلاثا وان كانت الرقبة لشريكي الدار ولصاحب
الطريق حق المرور وحكى القدوري عن الكرخي ان لا شي لصاحب الطريق من الثمن
ويكون الثمن كله للشريكين وروي عن محمد رحمه الله ان كل واحد من الشريكين
يضرب بحقه من البقعة ويضرب صاحب الطريق بحقه من المرور وطريق
معرفة ذلك ان ينظر الى قيمة العرصة بغير طريق وينظر الى قيمتها وفيها
طريق فيكون لصاحب الطريق فضل ما بينهما ولكل واحد من الشريكين نصف قيمة
البقعة اذا كان فيها طريق وجه ما حكي عن الكرخي ان حق المرور لا يحتمل البيع
مقصودا انما يحتمله تبعا للرقبة الا ترى انه لو باعه وحده لم يجز فاذا بيع
الطريق باذنه فقد اسقط حقه اصلا فلا يقابله ثمن وجه ما روي عن محمد
ان حق المرور لا يحتمل البيع مقصودا انما يحتمله تبعا للرقبة وها هنا ما بيع مقصودا
بل تبعا للرقبة فيقابله الثمن لكن ثمن الحق لا ثمن الملك وهو ما ذكرنا وكذلك دار
بين رجلين ولرجل فيها مسيل الما فارادا ان يقتسماها ليس لصاحب المسيل منعهما
من القسمة لما قلنا بل تقسم الدار ويترك المسيل على حاله كما في الطريق وكذلك
لو كان في الدار منزل لرجل وطريقه في الدار فارادا ان يقتسما الدار لا يمنعان
من القسمة ولكن يترك طريق المنزل على حاله على سعة عرض باب الدار لما ذكرنا
ولو اراد صاحب المنزل ان يفتح الى هذا الطريق بابا اخر له ذلك لانه يتصرف
في ملك نفسه الا ترى ان له ان يرفع الحايط كله فهذا اولى ولو اشترى صاحب
المنزل دارا من ورا المنزل وفتح بابه الى المنزل فان كان ساكن الدار والمنزل واحدا
فله ان يمر من الدار الى المنزل ومن المنزل الى الطريق الذي في الدار الاولى لان له حق المرور

وكذا له ان يقعد في بنائه حداداً او قصاراً وان كان يتاذى به جاره لما قلنا صح

حايط جاره ولو طلب جاره تحويل ذلك لم يجبر على التحويل ولو سقط الحايط من ذلك صح

الا تصرف يضر بجاره ضررا بينا فيمنع وعليه الفتوى رياض الناصحين

لا على سعة باب المنزل صح

ساكنا صح

وفي هذا الطريق وان كان ساكن الدار غير ساكن المنزل فليس لساكن الدار ان يمر في الطريق
الذي في الدار الاولى لانه لا حق له في هذا الطريق فيمنع من المرور فيه ه دار بين
رجلين في سكة غير نافذة اقتسماها واخذ كل واحد منهما طايفة منها فاراد كل
واحد منهما ان يفتح بابا او كوة الى السكة له ذلك ولا يسع اهل السكة منعهما لان
كل واحد منهما متصرف في ملك نفسه فيملكه الا ترى ان له رفع الحايط اصلا
فالباب والكوة اولى وعلى هذا حايط بين قسمين ولاحد القسمين عليه جذوع
الحايط الاخر فان شرطوا قطع الجذوع في القسمة قطعت لقوله صلى الله عليه وسلم
المسلمون عند شروطهم وان لم يشترطوا تركت على حالها لان الترك وان كان ضررا
لكنهم لما لم يشترطوا القطع في القسمة فقد التزم الضرر وكذلك لو كان ازجا
وقع على هذا الحايط او درجة او اسطوانة وقع عليها جذوع لما قلنا وكذلك روشن
وقع لصاحب العلو مشرفا على نصيب الاخر لم يكن لصاحب السفل ان يقلع الروشن
من غير شرط القطع لما قلنا ولو كان لاحدهما اطراف خشب على حايط صاحبه
فان كان مما يمكن ان يجعل عليها سقف لم يكلف قطعها وان كان لا يمكن كلف القطع لانه
اذا امكن ان يجعل عليها سقف امكنه الانتفاع به فيلحق بالحقوق فاشبه الروشن
واذا لم يمكن تعذر الحاقها بالحقوق فبقي شاغلا هوا صاحبه بغير حق فكلف قطعها
ولو كان لاحدهما شجرة اغصانها مطلة على نصيب الاخر هل تقطع ذكر ابن سماعة
انها لا تقطع لان في القطع ضررا بصاحبها وذكر ابن رستم انه تقطع كما تقطع اطراف
الخشب الذي لم يمكن تسقيفها ولو اختلف اهل طريق في الطريق فادعى كل واحد
منهم انه لهم بينهم بالتسوية على عدد الروس لا على ذرعان الدور والمنازل لانهم
استووا في اليد لاستوايهم في المرور فيه الا ان يقوم لاحدهم بينة فيسقط اعتبار
اليد بالبينة ه دار لرجل وفيها طريق بينه وبين رجل فمات صاحب الدار
فاقتسمت ورثته الدار بينهم وتركوا الطريق كان الطريق بينهم وبين الرجل
نصفين لا على عدد الروس حتى لو باعوا الدار يقسم الثمن بين الورثة وبينه
نصفين لا على عدد الروس لان الورثة قاموا مقام المورث وقد كان الطريق بينهما
نصفين فكذا بينهم وبينه ولو لم يعرف ان الدار ميراث بينهم وجحدوا ذلك
فالطريق بينهم بالسوية على عدد الروس لاستوايهم في اليد على ما مر

فصل

واما بيان ما يوجب نقض القسمة بعد وجودها فنقول وبالله التوفيق الذي يوجب
نقض القسمة بعد وجودها انواع منها ظهور دين على الميت اذا طلب الغرما ديونهم
ولا مال للميت سواه ولا قضاه الورثة من مال انفسهم وبيان ذلك ان الورثة اذا اقتسموا

التركة

[هامش: الازج محركة ضرب من الابنية ق]
[هامش: ان صح]
[هامش: فهو صح]
[هامش: لعله الطريق]

التركة ثم ظهر على الميت دين فهذا لا يخلو من احد وجهين اما ان يكون للميت مال اخر سواه
واما ان لم يكن فان لم يكن له مال سواه ولا قضاه الورثة من مال انفسهم تنقض القسمة
سوا كان الدين محيطا بالتركة او لم يكن لان الدين يتقدم على الارث قليلا كان او كثيرا
قال الله تعالى من بعد وصية يوصي بها او دين قدم الدين على الوصية من غير فصل بين
القليل والكثير ولان الدين اذا كان محيطا بالتركة تبين انه لا ملك للورثة فيها الا من
حيث الصورة بل هي ملك للميت متعلق بها حق الغرما وقيام ملك الغير في المحل يمنع صحة
القسمة فقيام الملك والحق اولى واذا لم يكن محيطا بالتركة فملك الميت وحق الغرما
وهو حق الاستيفا ثابت في قدر الدين من التركة على الشيوع فيمنع جواز القسمة وان
كان للميت مال سواه يجعل الدين فيه ولم تنقض القسمة لان القسمة تصان عن النقض ما
امكن وقد امكن صيانتها بجعل الدين فيه وكذا الورثة اذا قضوا الدين من مال
انفسهم فقد استخلصوا التركة لانفسهم صورة ومعنى فتبين في الحقيقة انهم
اقتسموا مال انفسهم صورة ومعنى فيتبين انها وقعت صحيحة فلا تنقض وكذلك
ابراء الغرما من ديونهم لا ينقض القسمة لان النقض لحقهم وقد اسقطوه بالابرا
وكذلك لو ظهر لبعض المقتسمين دين على الميت بان ادعى دينا على الميت واقام البينة عليه
فله ان ينقض القسمة لما قلنا ولا يكون قسمته ابرا من الدين لان حق الغرما يتعلق بمعنى
التركة وهو ماليتها لا بالصورة ولهذا كان للورثة حق الاستخلاص واذا كان كذلك
فلا يكون اقدامه على القسمة اقرارا منه ان لا دين له على الميت فلم يكن مناقضا في دعواه
فسمعت ومنها ظهور الوصية حتى لو اقتسموا ثم ظهر موصى له بالثلث نقضت
قسمتهم لان الموصى له شريك الورثة الا ترى انه لو هلك من التركة شي قبل القسمة
يهلك من الورثة والموصى له جميعا والباقي على الشركة بينهم ولو اقتسموا وثمة وارث
اخر غايب تنقض فكذا هذا وهذا اذا كانت القسمة بالتراضي فان كانت بقضا
القاضي لا تنقض لان الموصى له وان كان كواحد من الورثة لكن القاضي اذا قسم عند غيبة
احد الورثة لا تنقض قسمته لان القسمة في هذا الموضع محل الاجتهاد وقضا
القاضي اذا صادف محل الاجتهاد ينفذ ولا ينقض ومنها ظهور الوارث حتى لو
اقتسموا ثم ظهر ان ثمة وارث اخر نقضت قسمتهم ولو كانت القسمة بقضا القاضي
لا تنقض لما ذكرنا ولو ادعى وارث وصية لابن له صغير بعد القسمة لا تصح دعواه
حتى لا تسمع منه البينة لكونه مناقضا في الدعوى اذ لا تصح قسمة الميراث وثم موصى
له فكان اقدامه على القسمة اقرارا منه بانعدام الوصية وكان دعوى وجود الوصية
مناقضة فلا تسمع ولكن لا يبطل حق الصغير بقسمة الاب لانه لا يملك ابطال حقه

[هامش: الدين]
[هامش: لا تنقض لان حق الورثة كان متعلقا بصورة التركة وحق الغرما بمعناها وهو المالية فاذا قضوا الدين من مال انفسهم صح]

وكذلك لو ادعى بعض الورثة ان اخاه من ابيه وامه ورث اباه معهم وانه مات
بعد موت الاب وورثه هذا المدعي وجحد الباقون ذلك فاقام المدعي البينة
لا تقبل بينته لانه مناقض في دعواه لدلالة اقراره بانعدام وارث اخر باقدامه
على القسمة وكذلك كل ميراث يدعيه او شرا او هبة او صدقة او وصية
بعد القسمة للتناقض بدلالة الاقدام على القسمة ٥ دار بين رجلين اقر
احدهما ببيت منها لرجل وانكر الاخر يصح اقراره لان اقرار الانسان حجة
على نفسه لان هذا الاقرار لم يوجب تعلق الحق بالعين لحق الشريك الاخر بل هو
موقوف واذا لم يتعلق بالعين لا يمنع جواز القسمة فتقسم الدار ويجبر على
القسمة ومتى قسمت فان وقع البيت المقر به في نصيب المقر دفعه الى
المقر له لان الاقرار قد صح وتسليم عين المقر به ممكن فيؤمر بالتسليم وان
وقع في نصيب شريكه يدفع اليه قدر ذرع المقر به من نصيب نفسه
فيقسم ما اصابه بينه وبين المقر له فيضرب المقر له بذرع البيت
ويضرب المقر بنصف ذرع الدار بعد البيت وهذا قول ابي حنيفة وابي يوسف
رحمهما الله وقال محمد رحمه الله يضرب المقر بنصف ذرع الدار كما قالا ولكن
المقر له يضرب بنصف ذرع البيت لا بكله حتى لو كان ذرع الدار مائة وذرع
البيت عشرة فتقسم الدار بينهما نصفين يكون للمقر له عشرة اذرع عندهما
لانه جميع ذرع البيت والباقي وهو خمسة واربعون للمقر لانه نصف ذرع
الدار بعد ذرع البيت وعند محمد يكون للمقر له خمسة اذرع اذ هو نصف
ذرع البيت المقر به وجه قول محمد ان الاقرار صادف محلا معينا مشتركا
بينه وبين غيره لان كل جزء من الدار احدهما له والاخر لصاحبه على الشيوع
فيبطل في نصيب صاحبه ويصح في نصيبه وذلك يوجب للمقر له نصف ذرع
البيت وجه قولهما ان الاقرار بالمشترك لا يتعلق بالعين قبل القسمة بل
هو موقوف وانما يتعلق بها بعد القسمة الا ترى انه لم يمنع صحة القسمة
ولو تعلق بالعين لمنع فاذا قسمت الدار الان يتعلق بالعين فان وقع المقر به
في نصيب المقر يؤمر بالتسليم لانه قادر على تسليم العين وان وقع في نصيب
صاحبه فقد عجز عن تسليم عينه فيؤمر بتسليم بدله من نصيبه وهو
تمام ذرع المقر به هذا اذا كان المقر به شيئا يحتمل القسمة فان كان مما لا يحتمل
القسمة كبيت من حمام مشترك بينه وبين غيره اقر به لرجل وانكر صاحبه
يصح اقراره ولكن لا يجبر على قسمته لان قسمة الاضرار فيما لا يحتمل الجبر على ما ذكرناه

في موضعه ويلزمه نصف قيمة البيت لانه عجز عن تسليم العين والاقرار بعين معجوز
التسليم يكون اقرارا ببدله تصحيحا لتصرفه وصيانة لحق المقر له بالقدر الممكن كالاقرار
بجذع في الدار والله اعلم **فصل** هذا الذي ذكرنا قسمة الاعيان واما قسمة
المنافع وهي المسماة بالمهاياة فالكلام فيها في مواضع في بيان انواع المهاياة وما يجوز
منها وما لا يجوز وفي بيان محل المهاياة وفي بيان ما يملك كل واحد من الشريكين من
التصرف بعد المهاياة وما لا يملك اما الاول فالمهاياة نوعان نوع يرجع الى
المكان ونوع يرجع الى الزمان اما النوع الاول فهو ان يتهايا في دار على ان ياخذ
كل واحد منهما طائفة منها يسكنها وانه جائز لان المهاياة قسمة فتعتبر بقسمة
العين وقسمة العين على هذا الوجه جائزة فكذا قسمة المنافع وكذا لو تهايا على
ان ياخذ احدهما السفل والاخر العلو جاز لما قلنا ولا يشترط بيان المدة
في هذا النوع لان قسمة المنافع ليست بمبادلة المنفعة لان مبادلة المنفعة بجنسها
غير جائزة عندنا كالاجارة السكنى بالسكنى والخدمة بالخدمة وكذا لو تهايا في
دارين واخذ كل واحد منهما دارا يسكنها او يستغلها فهو جائز بالاجماع
اما عند ابي يوسف ومحمد فلا شك فيه لان قسمة الجمع في غير الدور جائزة فكذا
في المنافع واما ابو حنيفة رحمه الله فيحتاج الى الفرق بين العين وبين المنفعة
ووجه الفرق له ان الدور في حكم اجناس مختلفة لتفاحش بين دار ودار في نفسها
وبنائها وموضعها ولا يجوز قسمة الجمع في جنسين مختلفين على ما مر واما التفاوت
في المنافع فقل ما تتفاحش بل تتقارب فلم تلتحق منافع الدارين بالاجناس المختلفة
فجازت القسمة وكذلك لو تهايا في عبدين على الخدمة جاز بالاجماع اما عندهما
فلان قسمة الجمع في اعيان الرقيق جائزة كذا في منافعها ووجه الفرق لابي حنيفة
رحمه الله على نحو ما ذكرنا في الدارين ولو تهايا في عبدين فاخذ كل واحد منهما عبدا
يخدمه وشرط كل واحد منهما على نفسه طعام العبد الذي يخدمه جاز استحسانا
والقياس انه لا يجوز ووجهه ان طعام كل واحد من العبدين على الشريكين جميعا على
المناصفة فاشتراط كل الطعام من كل واحد منهما على نفسه يخرج مخرج معاوضة
بعض الطعام ببعض الطعام وانها غير جائزة للجهالة ووجه الاستحسان ان هذا
النوع من الجهالة لا يفضي الى المنازعة لان مبنى الطعام على المسامحة في العرف والعادة
دون المضايقة بخلاف ما اذا شرط كل واحد منهما على نفسه كسوة العبد الذي
يخدمه انه لا يجوز لانه يجري في الكسوة من المضايقة ما لا يجري في الطعام في العرف
والعادة فكانت الجهالة في الكسوة مفضية الى المنازعة معما ان الجهالة في الكسوة

ر
وفي بيان صفة المهاياة صح
التفاوت صح

تتفاحش بخلاف الطعام لذلك افترقا والله اعلم واما التهايي في الدواب بان ياخذ احدهما
دابة يركبها والاخر دابة اخرى يستغلها وشرط الاستغلال فغير جايز عند ابي حنيفة
وعندهما جايزة وجه قولهما ظاهر لان قسمة الجمع في اعيان الدواب من جنس
واحد جايزة فكذا قسمة المنافع ولابي حنيفة رحمه الله الفرق بين المنفعة وبين
المنفعة انه تجوز قسمة الجمع في اعيانها ولم تجوز في منافعها ووجه الفرق انها
باعتبار اعيانها جنس واحد لكنها في منفعة الركوب في حكم جنسين مختلفين بدليل
ان من استاجر دابة ليركبها لم يملك ان يواجرها للركوب ولو فعل يضمن فاشبه
اختلاف جنس المنفعة اختلاف جنس العين واختلاف جنس العين عنده مانع
جواز الجمع كذا في المنفعة بخلاف المهاياه في الدارين والعبدين انها جايزة لان
هناك المنافع متقاربة غير متفاحشة بدليل ان المستاجر فيهما يملك الاجارة من
غيره فلم تختلف جنس المنفعة فجازت المهاياة واما النوع الثاني وهو
المهاياة في الزمان فهو ان يتهايا في بيت صغير على ان يسكنه هذا يوما وهذا
يوما او في عبد واحد على ان يخدم هذا يوما وهذا يوما وهو جايز لقوله تعالى قال
هذه ناقة لها شرب ولكم شرب يوم معلوم اخبر عن نبيه صالح صلوات الله عليه
وسلامه بالمهاياة بالشرب ولم ينكره عليه والحكيم اذا حكى عن منكر غيره
فدل على جواز المهاياة بالزمان بظاهر النص ويثبت جواز النوع الاخر من
طريق الدلالة لانها اشبه بالمقاسمة من النوع الاول ولان جواز المهاياه بالزمان
لمكان حاجات الناس وحاجتهم الى المهاياة بالمكان اشد لان الاعيان كلها في
احتمال المهاياه بالزمان شرع سوا ومن الاعيان ما لا يحتمل المهاياه بالمكان كالعبد
والبيت الصغير ونحوهما فلما جازت تلك فلان تجوز هذه اولى فصل
واما بيان محل المهاياة فنقول ولا قوة الا بالله ان محلها المنافع دون الاعيان لانها
قسمة المنفعة دون العين فكان محلها المنفعة دون العين حتى انهما لو تهايا في
نخل او شجر بين شريكين على ان ياخذ كل واحد منهما قطيعا طايفة يستثمرها
لا يجوز وكذلك اذا تهايا في الغنم المشتركة على ان ياخذ كل واحد منهما قطيعا
فيرعاها وينتفع بالبانها لا يجوز لما ذكرنا ان هذا عقد قسمة المنافع والثمر
واللبن عين مال فلا يدخل تحت عقد المهاياة ولو تهايا في الارض المشتركة على
ان ياخذ كل واحد منهما نصفها ويزرع جاز لان ذلك قسمة المنافع وهي معنى
المهاياة والله اعلم فصل واما صفة المهاياة فهي انها عقد غير لازم حتى لو طلب
احدهما قسمة العين بعد المهاياة قسم الحاكم بينهما وفسخ المهاياة لانها لا الخلف

من جنسها صح

قسمة صح

عن

عن قسمة العين وقسمة العين كالاصل فيما شرعت له القسمة لان القسمة شرعت لتكميل
منافع الملك وهذا المعنى في قسمة العين اكمل ولهذا لو طلب احدهما القسمة قبل
المهاياة اجبر الحاكم على القسمة وكان عقدا جايزا فاحتمل الفسخ كساير العقود الجايزة
ولا تبطل بموت احد الشريكين بخلاف الاجارة لانها لو بطلت لاعادها القاضي
للحال ثانيا فلا يفيد فصل واما بيان ما يملك كل واحد منهما من التصرف بعد
المهاياه اما في المهاياه بالمكان فلكل واحد منهما ان يستغل ما اصابه بالمهاياة سوا شرطا
الاستغلال في العقد اولا وسوا تهايا في دار واحدة او في دارين لان المنافع بعد
المهاياة تحدث على ملك كل واحد منهما فيما اخذه فيملك فيه التصرف بالتمليك من
غيره وبه تبين ان المهاياه في هذا النوع ليست اعارة لان العارية لا تواجر واما
المهاياة بالزمان فلكل واحد منهما ان يسكن او يستخدم لما ذكرنا لكن لا بد من ذكر الوقت
من اليوم والشهر ونحو ذلك بخلاف المهاياه بالمكان ان لكل واحد منهما ولاية
السكنى والاستغلال مطلقا لان الحاجة الى ذكر الوقت لتصير المنافع معلومة والمهايا
بالمكان قسمة منافع مقدرة مجموعة بالمكان ومكان المنفعة معلوم فصارت المنافع
معلومة بالعلم بمكانها فجازت المهاياة واما المهاياة بالزمان فقسمة منافع مقدرة
بالزمان فلا تصير معلومة الا بذكر زمان معلوم فهو الفرق والله اعلم وهل يملك كل
واحد منهما الاستغلال في نوبته لا خلاف في انهما اذا لم يشرطا لا يملك فاما اذا شرطا
ذكر القدوري انه لا يملك لان هذا النوع من المهاياة في معنى العارية والعارية لا
تواجر وذكر في الاصل ان التهايي في الدار الواحدة على السكنى او الغلة جايز منهم من قال
المذكور في الاصل ليس مهاياة حقيقة لوجهين احدهما انه اضاف التهايي الى الغلة دون
الاستغلال والغلة لا تحتمل التهايي حقيقة اذ هي عين والتهايي قسمة المنافع دون الاعيان
والثاني انه ذكر فيه ان غلة الدار اذا فضلت في يد احدهما شاركه فيه صاحبه وليس ذلك
حكم جواز المهاياة كما في المهاياة بالمكان في الدارين اذا تهايا ان ياخذ كل واحد
منهما واحدة يستغلها فاستغلها ففضل شي من الغلة في يد احدهما ان الفاضل يكون له
خاصة ويكون المذكور في الاصل محمولا على ما اذا اصطلحا على ان ياخذ هذا غلة شهر
وذلك غلة شهر وسمى ذلك مهاياة مجازا وان لم يكن ذلك مهاياة حقيقة وفي
هذه الصورة يكون فضل الغلة مشتركا بينهما وعلى هذا يرتفع اختلاف الروايتين
ويحتمل ان يكون المذكور في الاصل دليلا على جواز شرط الاستغلال اذ الغلة يجوز ان تذكر
بمعنى الاستغلال في الجملة وقد كان قام دليل ارادة الاستغلال هاهنا وهو قرينة التهايي
اذ هي عبارة عن قسمة المنافع دون الغلة التي هي عين مال وكذا التهايي يكون على شي هو

مقدور بالتهايؤ وهو فعل الاستغلال دون عين الغلة ولهذا قرن بها السكنى الذي هو فعل
الساكن ويكون قوله ما فضل من الغلة في يد من يشاركه فيه صاحبه محمولا على ما اذا
تهايا بشرط الاستغلال ابتداء ثم اصطلحا على ان ياخذ كل واحد منهما غلة شهر وفي
هذه الصورة يكون فضل الغلة بينهما كما في الدارين فعلى هذا يثبت اختلاف روايتي الحاكم
والقدوري والله اعلم

كتاب المأذون

الكلام في هذا الكتاب في مواضع في بيان ركن الاذن وفي بيان شرايط الركن وفي بيان
ما يظهر به الاذن في التجارة وفي بيان ما يملك المأذون من التصرف وما لا يملك
وفي بيان ما يملك المولى منه من التصرف في كسبه وما لا يملك وفي بيان حكم تصرفه
وفي بيان حكم الغرور في العبد المأذون وفي بيان حكم الدين الذي يلحق المأذون
وفي بيان ما يبطل به الاذن ويصير محجورا وفي بيان حكم تصرف المحجور اما
فنقول وبالله التوفيق ركن الاذن بالتجارة نوعان صريح ودلالة والصريح نوعان
خاص وعام وكل واحد منهما انواع ثلاثة منجز ومعلق بشرط ومضاف الى وقت
اما الخاص المنجز فهو ان ياذن له في شيء بعينه مما لا يوذن في مثله للتجارة عادة بان
يقول له اشتر لي بدرهم لحما او اشتر لي طعاما رزقا لي او لاهلي او لك او اشتر لي
ثوبا او لاهلي او لاهلك او اشتر ثوبا اقطعه قميصا ونحو ذلك مما لا يقصد به التجارة
عادة ويصير ماذونا فيما تنا وله الاذن خاصة استحسانا والقياس ان يصير ماذونا
بالتجارات كلها لان الاذن بالتجارة مما لا يتجزى وكان الاذن في تجارة اذنا في الكل
وجه الاستحسان ان الاذن على هذا الوجه لا يوجد الا على وجه الاستخدام عرفا
وعادة فيحمل على المتعارف وهو الاستخدام دون الاذن بالتجارة معا انه لو جعل
الاذن بمثله اذنا بالتجارات كلها لصار المأذون بشرا البقل ماذونا في التجارة وفيه
سد باب استخدام المماليك وبالناس حاجة اليه فاقتصر على مورد الضرورة
واما العام المنجز فهو ان يقول اذنت لك في التجارات او في التجارة ويصير ماذونا
في الانواع كلها بالاجماع واما اذا اذن له في نوع بان قال له اتجر في البز او في الطعام
او في الرقيق يصير ماذونا في التجارات كلها عندنا وعند زفر والشافعي لا يصير
ماذونا الا في النوع الذي تناوله ظاهر الاذن وكذلك اذا قال له اتجر في البز ولا تتجر في الخز
لا يصح نهيه ويصير ماذونا في التجارات كلها وعلى هذا اذا اذن له بضرب من
الصنايع بان قال له اقعد قصارا او صباغا يصير ماذونا في التجارات كلها حتى كان له
ان يقعد صيرفيا وصايغا وكذلك اذا اذن له ان يتجر شهرا او سنة يصير ماذونا
ابدا ما لم يحجر عليه وجه قولهما ان العبد متصرف عن اذن فلا يتعدى تصرفه

مورد الاذن كالوكيل والمضارب ولهذا يثبت حكم تصرفه لمولاه ولنا ان تقييد الاذن
بالنوع غير مفيد فيلغو استدلالا بالمكاتب وهذا لان فايدة الاذن بالتجارة تمكين
العبد من تحصيل النفع المطلوب من التجارة وهو الربح وهذا في النوعين على نمط
واحد وكذا الضرر الذي يلزم في العقد عسى لا يتفاوت فكان الرضى بالضرر في
احد النوعين رضى به في النوع الآخر فلم يكن التقييد بالنوع مفيدا فيلغو
ويبقى الاذن بالتجارة عاما فينتظم الانواع كلها مع ما انه وجد الاذن في النوع
الآخر دلالة لان الغرض من الاذن هو حصول الربح والنوعان في احتمال الربح على
السوا فكان الاذن باحدهما اذنا بالآخر دلالة ولهذا يملك قبض الهبة والصدقة
من غير اذن المولى لوجود الاذن دلالة كذا هاهنا واما الخاص المعلق بشرط فهو
ان يقول ان قدم فلان فاشتر لي بدرهم لحما ونحو ذلك والمضاف الى وقت
ان يقول اشتر لي بدرهم لحما غدا او راس شهر كذا واما العام المعلق بشرط فهو ان يقول
ان قدم فلان فقد اذنت لك بالتجارة والمضاف الى وقت اذنت لك بالتجارة
غدا او راس شهر كذا وكل واحد من النوعين يصح معلقا ومضافا كما يصح مطلقا
بخلاف الحجر انه لا يصح تعليقه بشرط ولا اضافته الى وقت بان يقول للمأذون
ان قدم فلان فانت محجور او قد حجرت عليك غدا او راس شهر كذا ووجه
الفرق ان الاذن تصرف اسقاط لان انحجار العبد ثبت حقا لمولاه وبالاذن
اسقطه والاسقاطات تحتمل التعليق والاضافة كالطلاق والعتاق ونحوهما
فاما الحجر فاثبات الحق واعادته والاثباتات لا تحتمل التعليق والاضافة كالرجعة
ونحوها ولهذا قال اصحابنا ان الاذن لا يحتمل التوقيت حتى لو اذن لعبده في التجارة
شهرا او سنة يصير ماذونا ابدا ما لم يوجد المبطل للاذن كالحجر وغيره الا ان
يوقت الاذن الى وقت اضافة الحجر اليه لان معناه اذا مضى شهر او سنة فقد حجرت
عليك او حجرت عليك راس شهر كذا والحجر لا يحتمل الاضافة الى الوقت فلغت الاضافة
وبقي الاذن بالتجارة مطلقا الى ان يوجد المبطل واما الاذن بطريق الدلالة فنحو
ان يرى عبده يبيع ويشتري فلا ينهاه ويصير ماذونا في التجارة عندنا الا في البيع
الذي صادفه السكوت واما في الشرا فيصير ماذونا وعند زفر والشافعي لا يصير
ماذونا وجه قولهما ان السكوت يحتمل الرضا ويحتمل السخط فلا يصلح دليل الاذن
مع الاحتمال ولهذا لم ينفذ تصرفه الذي صادفه السكوت ولنا انه يرجح
جانب الرضا على جانب السخط لانه لو لم يكن راضيا لنهاه اذ النهي عن المنكر واجب
وكان احتمال السخط احتمالا مرجوحا فكان ساقط الاعتبار شرعا واما التصرف

الذي صادفه السكوت فان كان شرا ينفذ وان كان بيعا فانما لم ينفذ لانعدام المقصود من الاذن بالتجارة على ما نذكره وسوا راه يبيع بيعا صحيحا او بيعا فاسدا اذا سكت ولم ينهه يصير ماذونا في التجارة لان غرض المولى من الاذن بالتجارة حصول المنفعة دون المضرة وذلك باكتساب ما لم يكن لا بازالة الملك عن ماله كاين ولا ينجبر هذا الضرر بالثمن لان للناس رغايب في الاعيان ما ليس في ابدالها حتى لو كان شرا ينفذ لانه نفع محض ثم لا حكم للسكوت الا في مواضع منها سكوت المولى عند تصرف العبد بالبيع والشرا وقد ذكرناه ومنها سكوت البكر البالغة عند استيمار الولي انه يكون اذنا وقت العقد وبعده يكون اجازة ومنها سكوت الشفيع اذا علم بالشرا انه يكون تسليما للشفعة ومنها سكوت الواهب او المتصدق عند قبض الموهوب له والمتصدق عليه بحضرته انه يكون اذنا له بالقبض ومنها سكوت المجهول النسب اذا باعه انسان بحضرته وقال له قم فاذهب مع مولاك فقام وسكت انه يكون اقرارا منه بالرق حتى لا تسمع دعواه الحرية بعد ذلك فاما سكوت البايع بيعا صحيحا بثمن حال عند قبض المشتري بحضرته هل يكون اذنا بالقبض ذكر في ظاهر الرواية انه لا يكون اذنا بالقبض وذكر الطحاوي انه يكون اذنا كما في البيع الفاسد ولا بد لهذه المسلة تذكر في موضعها ان شا الله تعالى وعلى هذا اذا قال لعبده اد الي كل يوم كذا او كل شهر كذا يصير ماذونا لانه لا يتمكن من ادا الغلة الا بالكسب فكان الاذن باداء الغلة اذنا بالتجارة وكذلك لو قال لعبده اذا اديت الي الفا فانت حر او قال ان اديت الي الفا فانت حر يصير ماذونا لان غرضه حمل العبد على العتق بواسطة تحصيل الشرط ولا يتمكن من تحصيله الا بالتصرف فكان التعليق دليلا على الاذن وكذا اذا قال له اد الي الفا وانت حر فهذا والاول سوا لانه يستعمل في التعليق عرفا وعادة ولو قال له اد وانت حر لا يصير ماذونا ويعتق للحال لان هذا تنجيز وليس بتعليق وعلى هذا اذا كاتب عبده يصير ماذونا لانه لما كاتبه فقد جعله احق بكسبه ولا يكون ذلك الا بالتجارة **فصل** واما شرايط الركن فانواع منها ان يكون الاذن لمن يعقل التجارة لان الاذن بالتجارة لمن لا يعقل التجارة سفه فاما البلوغ فليس بشرط لصحة الاذن فيصح الاذن للعبد بالغا كان او صبيا بعد ان كان يعقل البيع والشرا لما روي ان النبي صلى الله عليه وسلم كان يجيب دعوة المملوك من غير فصل ودل الحديث على جواز الاذن بالتجارة لانه صلى الله عليه وسلم ما كان ليجيب دعوة المحجور ويأكل من كسبه فتعين المأذون وكذا الاذن للامة

ماذونا لان وجه دلالة السكوت على الاذن لا يختلف وكذلك لو راه المولى يبيع مال اجنبي فسكت يصير ماذونا وان لم يجز البيع لما قلنا وكذلك لو باع مال مولاه والمولى حاضر فسكت لم يجز ذلك البيع ويصير صح

حتى صح

والمدبر

والمدبر وام الولد بعد ان عقلوا التجارة لان اسم المملوك يتناول الكل ولنا يجوز الاذن للصبي الحر بالتجارة اذا كان يعقل التجارة وهذا عندنا وقال الشافعي لا يجوز الاذن للصبي بالتجارة حرا كان او عبدا ولنا سلامة العقل عن الفساد اصلا ليس بشرط لصحة الاذن عندنا حتى يجوز الاذن للمعتوه الذي يعقل البيع والشرا بالتجارة وعنده شرط وجه قوله ان الصبي ليس من اهل التجارة فلا يصح الاذن له بالتجارة وهذا لان اهلية التجارة بالعقل الكامل لانها تصرف داير بين النفع والضرر فلا بد لها من كمال العقل وعقل الصبي ناقص فلا يكفي لاهلية التجارة ولهذا لم يعتبر عقله في الهبة والصدقة والطلاق والعتاق كذا ههنا ولنا قوله تعالى وابتلوا اليتامى حتى الاية امر الاوليا بابتلا اليتامى والابتلا هو الاظهار فابتلا اليتيم اظهار عقله بدفع شي من امواله اليه لينظر الولي انه هل يقدر على حفظ امواله عند النوايب ولا يظهر ذلك الا بالتجارة فكان الامر بالابتلا اذنا بالتجارة ولان الصبي اذا كان يعقل التجارة يعقل النافع من الضار فيختار المنفعة على المضرة ظاهرا وكان اهلا للتجارة كالبالغ بخلاف الهبة والصدقة والطلاق ونحوها لانها من التصرفات المضرات المحضة لكونها ازالة الملك لا الى عوض فلم يجعل الصبي اهلا لها نظرا له دفعا للضرر عنه ومنها العلم بالاذن بالتجارة في احد نوعي الاذن بلا خلاف وبيان ذلك ان الاذن بالاضافة الى الناس ضربان اذن اسرار واذن اعلان وهو المسمى بالخاص والعام في الكتاب فالخاص ان يقول اذنت لعبدي في التجارة ولا خلاف في ان العلم بالاذن شرط لصحة الاذن في هذا النوع لان الاذن هو الاعلام قال الله تعالى واذان من الله ورسوله اي اعلام والفعل لا يعرف اعلاما الا بعد تعلقه بالمعلم ولان اذن العبد يعتبر باذن الشرع ثم حكم الاذن من الشرع لا يثبت في حق المأذون الا بعد علمه به فعلى ذلك اذن العبد ولهذا كان العلم بالوكالة شرطا لصحتها على ما ذكرنا في كتاب الوكالة كذا هذا حتى لم يصح تصرف الوكيل قبل العلم بالوكالة واما في الاذن العام فقد ذكر في كتاب المأذون انه يصير ماذونا وان لم يعلم به العبد وذكر في الزيادات فيمن قال لاهل السوق بايعوا ابني فلانا فبايعوه والصبي لا يعلم بالاذن انه لا يصير ماذونا ما لم يعلم باذن الاب منهم من اثبت اختلاف الروايتين في جواز الاذن العام من غير علم العبد ومنهم من لم يثبت الاختلاف وفرق بين العبد والصبي ووجه الفرق ان الحجار العبد لحق مولاه فاذا اذن اهل السوق بمبايعته فقد اسقط حق نفسه فانفك الحجر وصار ماذونا بخلاف

لا على وجه ينادي اهل السوق فيقول بايعوا عبدي فلانا فاني قد اذنت له في التجارة صح

ورجعل العلم شرطا في الصبي دون العبد صح

الصبي لان الحجارة عن التصرف لحق نفسه لا لحق ابيه الا ترى ان العهدة تلزمه دون ابيه
فشرط علمه بالاذن الذي هو ازالة الحجر ليكون لزوم العهدة في التجارة مضافا اليه ويحتمل
ان يفرق بينهما من وجه اخر وهو ان الاذن على سبيل الاستفاضة سبب لحصول العلم
لهما جميعا الا ان السبب لا يقام مقام المسبب الا لضرورة والضرورة في حق العبد دون
الصبي لان الناس يحتاجون الى مبايعة العبد الماذون لان اذن العبد بالتجارة من
عادات التجار فاذا وجد الاذن على الاستفاضة وانه سبب لحصول العلم غالبا
فالناس يعاملونه بناء على هذه الدلالة ثم يظهر انه ليس بماذون لانعدام العلم حقيقة
فتتعلق ديونهم بذمة المفلس وتتاخر الى ما بعد العتق فيؤدي الى الضرر بهم بخلاف
الصبيان لان اذن الصبي بالتجارة ليس من عادة التجار والناس ايضا لا يعاملون
الصبيان عادة ولو توقف على حقيقة العلم لا يلحقهم الضرر الا على سبيل الندرة
والنادر ملحق بالعدم والله اعلم فصل واما بيان ما يظهر به الاذن بالتجارة
فنقول ما يظهر به الاذن بالتجارة نوعان احدهما من جهة المولى والثاني من
جهة العبد اما الذي من جهة المولى فهو تشهيره بالاذن واشاعته بان ينادي
في اهل السوق اني قد اذنت لعبدي فلان بالتجارة فبايعوه وهو المسمى بالاذن
العام واما الذي من جهة العبد فهو اخباره عن كونه ماذونا بالتجارة بان لم يكن
الاذن من المولى عاما او قدم مصرا لم يشتهر فيه اذن المولى فقال ان مولاي اذن
لي في التجارة والاذن بالتجارة يظهر بكل واحد من النوعين اما الاول فلا شك فيه
لحصول العلم للسامعين بحس السمع من الاذن ولغير السامعين بالنقل بطريق
التواتر واما الثاني فلان خبر الواحد مقبول في المعاملات ولا يشترط فيه العدد
ولا العدالة الا ترى انه لو جاء عبد او امة الى انسان وقال هذه هدية بعثني بها
مولاي اليك جاز له القبول كذا هذا وهذا لان هذه المعاملات في العادات تتعاطاها
العبيد والخدم والفسق فيهم غالب فلو لم يقبل خبرهم فيها لوقع الناس في الحرج
واذا قبل خبره ظهر الاذن فيسع الناس ان يعاملوه غير انهم ان بنوا معاملاتهم
على الاذن العام فعاملوه فلحقه دين يباع فيه كسبه ورقبته بدين التجارة وان
عاملوه بناء على اخباره فلحقه دين يباع كسبه بالدين ولا تباع رقبته ما لم يحضر
المولى فيقر باذنه بالتجارة والله اعلم فصل واما بيان ما يملكه الماذون
من التصرف وما لا يملكه الماذون من التصرف فنقول وبالله التوفيق كل ما كان من باب
التجارة او توابعها او ضروراتها يملكه الماذون وما لا فلا لان كل ذلك داخل في
الاذن بالتجارة فيملك الشرا والبيع بالنقد والنسية والعروض لان كل ذلك من التجارة

م الاذن صح

ومن

ومن عادة التجار وكذلك يملك البيع والشرا بغبن يسير بالاجماع لانه من التجارة ولا يمكن
التحرز عنه حتى يملكه الاب والوصي وكذا بالغبن الفاحش عند ابي حنيفة رحمه الله وعندهما
لا يملك وجه قولهما ان البيع بغبن فاحش في معنى التبرع الا ترى انه لو فعله المريض
يعتبر من الثلث كما في ساير التبرعات والماذون لا يملك التبرع وجه قول ابي حنيفة
رحمه الله ان هذا بيع وشرا على الاطلاق لوقوع اسم الشرا والبيع عليه مطلقا وكانت
تجارة مطلقة فدخلت تحت الاذن بالتجارة ثم فرق ابو حنيفة رحمه الله بين الماذون
وبين الوكيل حيث سوى بين البيع والشرا في الماذون وفرق بينهما في الوكيل حتى قال
ان الماذون يملك البيع والشرا بالغبن الفاحش والوكيل لا يملك الشرا بالغبن الفاحش
بالاجماع ووجه الفرق له ان امتناع جواز الشرا بالغبن الفاحش في باب الوكالة
لمكان التهمة لجواز انه اشترى لنفسه فلما ظهر الغبن اظهر الشرا لموكله فلم يجز
للتهمة حتى ان الوكيل لو كان بشرا شي بعينه ينفذ على الموكل لانعدام التهمة لانه لا يملك
الشرا لنفسه ومعنى التهمة لا يتقدر في الماذون لانه لا يملك الشرا لنفسه
فاستوى فيه البيع والشرا وهل يملك الماذون ان يبيع شيا من مولاه فان
لم يكن عليه دين لا يتصور البيع من المولى لاستحالة بيع مال الانسان منه وان كان
عليه دين فان باعه بمثل قيمته او باكثر جاز وان باعه باقل من قيمته لم يجز
عند ابي حنيفة اصلا وعندهما لا يجوز بقدر المحاباة وكذلك لو باع المولى شيا
منه فان لم يكن عليه دين لم يكن بيعا اصلا وان كان عليه دين فان باعه بمثل
قيمته او باقل من قيمته جاز وان باعه باكثر من قيمته لم يجز البيع عند ابي حنيفة
وعندهما يجوز وتبطل الزيادة وعلى هذا اذا اشترى من المولى دارا بجنب
دار العبد ان لم يكن على العبد دين فلا شفعة له لانه اذا لم يكن عليه دين فالدار
الذي في يد العبد خالص ملك المولى فلو اخذها بالشفعة لاخذها هو فكيف
ياخذ ملك نفسه بالشفعة من نفسه وان كان على العبد دين فله ان ياخذها
بالشفعة ولو اشترى العبد دارا بجنب دار المولى فان لم يكن على العبد دين فلا
حاجة للمولى الى الاخذ بالشفعة لانها خالص ملكه وان كان عليه دين فله ان ياخذها
بالشفعة وكذا الصبي الماذون في الشرا والبيع بالنقد والنسية والعروض
والغبن اليسير والبيع بالغبن الفاحش بمنزلة العبد الماذون على الاتفاق والاختلاف
وهذا اذا باع من اجنبي او اشترى منه فان باع من ابنه شيا او اشترى منه فان
باع بمثل القيمة او اكثر واشترى بمثل القيمة او باقل جاز ولو كان فيه غبن فان
كان مما يتغابن الناس فيه جاز لان الاحتراز عنه غير ممكن وان كان مما لا يتغابن

يض

م وكل صح

الناس فيه لم يجز لانه يتصرف بولاية مستفادة من قبل ابيه كانه نايبه في
التصرف فصار كما لو اشترى الاب شيا من مال ابنه بنفسه لنفسه او اشترى شيا
من ماله لنفسه لابنه الصغير كان الجواب فيه هكذا كذا هذا ولو باع من وصيه او
اشترى منه فان لم يكن فيهما نفع ظاهر له لا يجوزان بالاجماع وان كان له فيهما نفع
ظاهر فان كان باكثر من قيمته بما لا يتغابن في مثله فكذلك عند محمد وعندهما
يجوز وللماذون ان يسلم فيما يجوز فيه السلم ويقبل السلم فيه لان السلم من قبل
المسلم اليه بيع الدين بالعين ومن قبل رب السلم شرا الدين بالعين وكل ذلك
تجارة وله ان يوكل غيره بالبيع والشرا لان ذلك من عادات التجار اذ التاجر لا يمكنه
ان يتولى ذلك كله بنفسه فكان توكيله فيه من اعمال التجارة وكذا له ان يتوكل عن
غيره بالبيع بالاجماع وتكون العهدة عليه ولو توكل عن غيره بالشرا ينظر ان
وكله ان يشتري اشيا بالنقد جاز استحسانا دفع اليه الثمن او لم يدفع وتكون
العهدة عليه والقياس ان لا تجوز هذه الوكالة ووجهها انها لو جازت للزمته
العهدة وهي تسليم الثمن فتصير في معنى الكفيل بالثمن ولا تجوز كفالته فلا تجوز
وكالته وجه الاستحسان ان التوكيل بالشرا بالنقد في معنى التوكيل بالبيع
الا ترى انه لا يجب عليه تسليم المبيع فكان هذا في معنى البيع لا في معنى الكفالة
ولو توكل عن غيره بشرا شي نسيئة فاشترى لم يجز حتى كان الشرا للعبد دون
الاخر لان الثمن اذا كان نسيئة لا يملك حبس المشترى لاستيفايه بل يلزمه
التسليم الى الموكل فكانت وكالته في هذه الصورة التزام الثمن فكانت كفالة معنى
فلا يملكها الماذون وله ان يستاجر انسانا يعمل معه او مكانا يحفظ فيه امواله
او دوابا يحمل عليها امتعته لان استيجار هذه الاشيا من توابع التجارة وكذا له
ان يواجر الرقيق والدواب ونفسه لما قلنا ولان الاجارة من التجارة حتى كان
الاذن بالاجارة اذنا بالتجارة وله ان يرهن ويرتهن ويعير ويودع ويقبل
الوديعة لان ذلك كله من عادات التجار ويحتاج اليه التاجر ايضا وله ان يدفع
المال مضاربة وياخذ من غيره مضاربة لما قلنا ولان الاخذ والدفع من باب
الاجارة والاستيجار والماذون يملك ذلك وله ان يشارك غيره شركة عنان
لانها من صنيع التجار ويحتاج اليه التاجر وليس له ان يشارك شركة مفاوضة
لان المفاوضة تتضمن الكفالة ولا يملك الكفالة فلا يملك المفاوضة واذا فاوض
تنقلب شركة عنان لان هذا حكم فساد المفاوضة ولو اشترك عبدان ماذونان
شركة عنان على ان يشتريا بالنقد والنسيئة جاز ما اشتريا بالنقد وما اشتريا

بالنسيئة

بالنسيئة له خاصة لان الشركة تتضمن الوكالة وقد ذكرنا انه يجوز ان يتوكل الماذون
عن غيره بالشرا نقدا ولا يجوز ان يتوكل عن غيره بالشرا نسيئة ويملك الاقرار
بالدين لان هذا من ضرورات التجارة اذ لو لم يملك لامتنع الناس عن مبايعته خوفا
من توا اموالهم بالانكار عند تعذر اقامة البينة فكان اقراره بالدين من ضرورات
التجارة فيصح ويملك الاقرار بالعين لان العادة قد جرت بشرا كثير من الاشيا بظروفها
فلو علم الناس انه لا يصح اقراره بالعين لامتنعوا عن تسليم الاعيان اليه فلا يلتئم
امر التجارة ولا يملك الاقرار بالجناية لان الاقرار بالجناية ليس من ضرورات التجارة
فلا يتناوله الاذن بالتجارة فلا يصح منه ولا يطالب بها بعد العتاق ايضا لان موجب
الجناية يلزم المولى دون العبد فكان ذلك شهادة على المولى لا اقرارا على نفسه
فلم يصح اصلا الا اذا صدقه المولى فيجوز عليه ولا يجوز على الغرما وهل يصح اقراره
بافتضاض امة باصبعه غصبا قال ابو حنيفة ومحمد لا يصح وقال ابو يوسف
يصح سوا كان عليه دين او لم يكن ويضرب مولى الامة مع الغرما في ثمن العبد وهذا
الخلاف مبني على ان هذا اقرار بالجناية ام بالمال فعندهما هذا اقرار بالجناية فلا
يصح من غير تصديق المولى وعنده هذا اقرار بالمال فيصح من غير تصديقه وعلى
هذا اذا اقر بمهر وجب عليه بنكاح جايز او فاسد او شبهة فان لم يصدقه
المولى لم يصح اقراره حتى لا يواخذ به للحال لان المهر يجب بالنكاح وانه ليس بتجارة
ولا هو في معنى التجارة فيستوي فيه اقرار الماذون والمحجور وان صدقه المولى جاز
ذلك عليه ولم يجز على الغرما لان تصديقه يعتبر في حق نفسه لا في ابطال حق الغير
فيباع في دين الغرما فان فضل شي منه يصرف الى دين المراة والا فيتاخر الى ما بعد
العتق ويملك الاقرار بالحدود والقصاص لان المحجور يملك فالماذون اولى واذا اقر
به فلا يشترط حضرة المولى للاستيفا بلا خلاف وهل يشترط حضور المولى
عند قيام البينة عليها فيه خلاف نذكره في موضعه ان شا الله تعالى وهل يملك
تاخير دين وجب له على انسان فان وجب له وحده يملك بالاجماع لان التاخير يحتاج
اليه وكذا هو من عادة التجار وان وجب له ولرجل اخر دين على انسان فاخر الماذون
نصيب نفسه فالتاخير باطل عند ابي حنيفة وعندهما جايز وجه قولهما
ان التاخير منه تصرف في ملك نفسه فيصح كما لو كان كل الدين له فاخره وجه
قول ابي حنيفة ان التاخير لو صح لا يخلو اما ان يصح في نصيب شريكه واما ان
يصح في نصيب نفسه لا سبيل الى الاول لانعدام الملك والولاية وتصرف الانسان
لا يصح من غير ملكه ولا ولاية ولا سبيل الى الثاني لانه قسمة الدين قبل القبض الا ترى

ان شريكه لو قبض شيا من نصيبه قبل حلول الاجل يختص بالمقبوض ولا يشاركه فيه ومعنى
القسمة هو الاختصاص بالمقسوم وقد وجد فثبت ان هذا قسمة الدين قبل القبض
وانها غير جايزة لان الدين اسم لفعل واجب وهو فعل تسليم المال او لمال حكمي في الذمة
وكل ذلك عدم حقيقة الا انه اعطي له حكم الوجود لحاجة الناس لان كل واحد لا يملك
ما يدفع به حاجته من الاعيان القايمة فيحتاج الى الاستقراض والشرا بثمن دين
واعطي له حكم الوجود لهذه الحاجة ولا حاجة الى قسمته فبقي في حق القسمة على اصل العدم
والعدم لا يحتمل القسمة واذا لم يصح التاخير عند ابي حنيفة فلو اخذ شريكه من الدين
كان المأخوذ بينهما على الشركة على ما كان قبل التاخير وعندهما كان المأخوذ له خاصة
ولا يشاركه حتى يحل الاجل لانه بالتاخير اسقط حق نفسه في المطالبة فاذا حل الاجل
فهو بالخيار ان شاء شاركه في المأخوذ وان شاء اخذ حقه من الغريم لان الدين حل بحلول
الاجل ولو كان الدين في الاصل بينهما جميعا موجلا فاخذ احدهما شيا قبل الاجل
شاركه فيه صاحبه لانه لما اخذ شيا منه قبل ان حل الاجل فقد سقط الاجل
عن قدر المقبوض فصار حالا فصار المقبوض من النصيبين جميعا فيشاركه فيه
صاحبه كما في الدين الحال ولو كان الدين كله منهما موجلا الى سنة فاخره
العبد سنة اخرى لم يجز التاخير عند ابي حنيفة وعندهما يجوز حتى لو
اخذ شريكه من الغريم شيا في السنة الاولى شاركه فيه عنده وعندهما لا
يشاركه حتى يحل دينه فاذا حل فله الخيار على ما ذكرنا والله تعالى اعلم ولا يملك الابرا
عن الدين بالاجماع لانه ليس من التجارة بل هو تبرع فلا يملكه المأذون وهل يملك
الحط فان كان الحط من غير عيب لا يملكه ايضا لما قلنا وان كان الحط من عيب
بان باع شيا ثم حط من ثمنه ينظر ان حط بالمعروف بان حط مثل ما يحط التجار
عادة جاز لان مثل هذا الحط من توابع التجارة وان لم يكن بالمعروف بان كان فاحشا
جاز عند ابي حنيفة وعندهما لا يجوز وقد ذكرنا اصل المسلة فيما قبل وهل يملك
الصلح بان وجب له على انسان دين فصالحه على بعض حقه فان كان له عليه بينة
لا يملك لانه حط بعض الدين والحط من غير عيب ليس من التجارة بل هو تبرع فلا
يملكه المأذون وان لم يكن عليه بينة جاز لانه اذا لم يكن له عليه بينة فلا حق
له الا الخصومة والحلف والمال خير من ذلك وكان في هذا الصلح منفعة فيصح
وكذا الصلح على بعض الحق عند تعذر استيفا كله من عادات التجار فكان داخلا تحت
الاذن بالتجارة ويملك الاذن بالتجارة بان يشتري عبدا فياذن له بالتجارة لان
الاذن بالتجارة من عادات التجار بخلاف الكتابة انه لا يملكها المأذون لان الكتابة

لبست

شاء صح

حل صح

ليست من التجارة بل هي اعتاق معلق بشرط ادا بدل الكتابة فلا يملكها ويملك الاستقراض
لانه تجارة حقيقة وفيه منفعة وهو من عادات التجار وليس للمأذون ان يقرض لان القرض
تبرع للحال ولهذا لم يلزم فيه الاجل ولا يكفل بمال ولا بنفس لان الكفالة تبرع الا اذا اذن
له المولى بالكفالة ولم يكن عليه دين بخلاف المكاتب انه لا تجوز كفالته اصلا على ما مر في
كتاب الكفالة ولا يهب درهما تاما لا بعوض ولا بغير عوض وكذا لا يتصدق بدرهم ولا
يكسو ثوبا لانه تبرع ونحو ذلك يهدي بالطعام اليسير اذا وهب او اطعم استحسانا والقياس
ان لا يجوز لانه تبرع وان قل الا انا استحسنا الجواز لما روي ان رسول الله صلى الله عليه وسلم
كان يجيب دعوة المملوك ولان هذا من ضرورات التجارة عادة فكان الاذن به ثابتا بطريق
الدلالة فيملكه ولهذا ملكت المراة التصدق بشي يسير كالرغيف ونحوه من مال زوجها
لكونها ماذونة في ذلك دلالة كذا هذا ولا يتزوج من غير اذن مولاه لان التزوج ليس من
باب التجارة وفيه ضرر بالمولى ولا يتسرى جارية من اكسابه لانه لا ملك للعبد حقيقة
وحل الوطي بدون احد الملكين منفي شرعا وسوا اذن له بالتسري او لم ياذن له لما
ذكرنا ان العبد لا يملك شيا لانه مملوك فيستحيل ان يكون مالكا وبالاذن لا يخرج عن كونه
مملوكا فلا تندفع الاستحالة ولا يزوج عبده بالاجماع لان التزوج ليس من التجارة وفيه
ايضا ضرر بالمولى وهل له ان يزوج امته قال ابو حنيفة رحمه الله لا يزوج وقال
ابو يوسف رحمه الله يزوج وجه قول ابي يوسف ان هذا تصرف نافع في حق
المولى لانه مقابلة ما ليس بمال بمال وكان انفع من البيع ثم يملك البيع فالنكاح اولى
وجه قولهما ان الداخل تحت الاذن هو التجارة وانكاح الامة وان كان نافعا
في حق المولى فليس بتجارة اذ التجارة مبادلة مال بمال ولم يوجد فلا يملكه ولا
يعتق وان كان على مال لانه ليس بتجارة بل هو تبرع للحال الا ترى انه يعتق
بنفس القبول فاشبه القرض ولا يملك القرض فلا يملك الاعتاق على مال وان
اعتق على مال فان لم يكن عليه دين وقف على اجازة المولى بالاجماع فان اجاز جاز
لانه اذا لم يكن عليه دين يملك المولى انشا العتق فيه فيملك الاجازة بالطريق الاولى
ولا يبرا قابض العوض للمولى لا للعبد لما ذكروا ان لحقه دين بعد ذلك لم يكن للغرما حق
في هذا المال لانه كسب الحر وان كان عليه دين لم يجز الاعتاق وان اجاز المولى
عند ابي حنيفة وعندهما يجوز ويضمن المولى قيمته للغرما ولا سبيل للغرما على
العوض بخلاف ما اذا كان مكان الاعتاق كتابة ان عندهما يتعلق حق الغرما
بالبدل وها هنا لا يتعلق لان هذا كسب الحر وذاك كسب الرقيق وحق الغريم يتعلق
بكسب الرقيق ولا يتعلق بكسب الحر ولا يكاتب سوا كان عليه دين او لم يكن لان

م انسانا صح

م المولى صح

م ومحمد صح

الكتابة ليست بتجارة فلا يملكها المأذون ولانها اعتاق معلق بالشرط وهو لا يملك
الاعتاق فان كاتب فان لم يكن عليه دين وقف على اجازة المولى لانه اذا لم يكن عليه
دين فكسبه خالص ملك المولى لا حق لاحد فيه فيملك الاجازة الا ترى انه يملك
الانشا فالاجازة اولى فان اجاز نفذ وصار مكاتبا للمولى وولاية قبض بدل الكتابة
للمولى لا للعبد لان الاجازة اللاحقة بمنزلة الوكالة السابقة فكان العبد بمنزلة وكيل
المولى في الكتابة والحقوق في الكتابة ترجع الى الموكل لا الى الوكيل لذلك لم يملك المأذون
قبض بدل الكتابة وملكها المولى ولو لحق العبد بعد ذلك دين فليس للغرما فيما على
المكاتب حق لانه لما صار مكاتبا للمولى فقد صار كسبا منتزعا من يد المأذون فلا
يكون للغرما عليه سبيل وان كان المكاتب قد ادى جميع بدل الكتابة الى المأذون
قبل اجازة المولى لم يعتق لان الكتابة لم تنعقد لانعدام شرط النفاذ وهو الاجازة وان
كان عليه دين محيط برقبته وبما في يده لا تصح اجازة المولى عند ابي حنيفة حتى لا
يعتق اذا ادى البدل لان كسب العبد المأذون الذي عليه دين محيط لا يكون
ملكا للمولى عنده ولهذا لا يملك انشا الكتابة فلا يملك الاجازة وعندهما تصح
اجازته كما يصح انشا الكتابة منه ويعتق اذا ادى ويضمن المولى قيمته للغرما
لتعلق حقهم به فصار متلفا عليهم حقهم وما قبض المأذون من بدل الكتابة قبل
الاجازة يستوفي منها الدين عندهما لتعلق حق الغرما به قبل الاجازة بخلاف
الاعتاق على مال وقد ذكرنا وجه الفرق لهما وكانت الاجازة في معنى انشا الكتابة
ولو انشا ضمن القيمة عندهما كذا هذا وان لم يكن الدين محيطا برقبته وبما في يده
جازت اجازته بالاجماع ويضمن قيمته للغرما لاتلاف حقهم والله اعلم فصل
واما بيان ما يملكه المولى من التصرف في المأذون وكسبه وما لا يملك وبيان حكم
تصرفه فنقول وبالله التوفيق ان المولى يملك اعتاق عبده المأذون سوا لم يكن
عليه دين او كان عليه دين لان صحة الاعتاق تقف على ملك الرقبة وقد وجد الا انه
اذا لم يكن على العبد دين لا شي على المولى وان كان عليه دين فالغرما بالخيار ان شاوا
اتبعوا المولى بالاقل من قيمته ومن الدين لانه تصرف في ملكه لنفسه واتلف حق
الغير لتعلق حق الغرما بالرقبة فيراعى جانب الحقيقة بتنفيذ الاعتاق ويراعى
جانب الحق بايجاب الضمان مراعاة للجانبين عملا بالدليلين فينظر ان كانت
قيمة العبد مثل الدين غرم ذلك وان كانت اكثر منه غرم قيمة الدين وان كانت
اقل منه غرم ذلك القدر لانه ما اتلف عليهم بالاعتاق الا القدر المتعلق برقبة
العبد فيواخذ المولى بذلك ويتبع الغرما العبد بالباقي وان شاوا اتبعوا العبد

ثذ

الاعتاق

بكل

بكل الدين فيستسعونه فيه لان كل الدين كان واجبا عليه لمباشرة سبب الوجوب
منه حقيقة وهو المعاملة الا ان رقبته تعينت لاستيفا قدر ما تحتمله من الدين
منها بتعيين المولى او شرعا على ما نذكره في موضعه ان شا الله تعالى فبقيت
الزيادة على ذلك في ذمة العبد وقد عتق فيطالب به وايهما اختاروا اتباعه
لا يبرا الاخر بخلاف الغاصب وغاصب الغاصب لانه اذا اختار المالك تضمين احدهما
يبرا الاخر لان اختيار التضمين في باب الغصب يتضمن تمليك المغصوب والتمليك بعوض
لا يحتمل الرجوع عنه فاما اختيار اتباع احدهما هاهنا لا يوجب تمليك الدين منه
ولو لم يكن على العبد دين ولكنه قتل عبدا اخر خطا وعلم المولى به فاعتقه وهو
عالم به يصير مختارا للفدا يغرم المولى تمام قيمة المقتول ان كان قليل القيمة
وان كان كثير القيمة بان كانت عشرة الاف او اكثر غرم عشرة الاف الا عشرة
فرق بين الجناية والدين فانه اذا اعتقه وعليه دين وهو عالم به لا يلزمه تمام
الدين بل الاقل من قيمته ومن الدين علم بالدين او لم يعلم وهاهنا يلزمه تمام القيمة
اذا كان عالما بالجناية ووجه الفرق ان موجب جناية العبد على المولى وهو
الدفع لكن جعل له سبيل الخروج عنه بالفدا بجميع الارش فاذا اعتقه مع العلم
بالجناية فقد صار مختارا للفدا فيلزمه الفدا بجميع قيمة العبد المقتول الا ان يكون
عشرة الاف او اكثر فينقص منه عشرة اذ لا مزيد لدية العبد على هذا القدر
فاما موجب معاملة العبد وهو الدين فعلى العبد حقا للغرما الا ان القيمة التي
في مالية الرقبة فانه يتعلق بها وبالاعتاق ما ابطل عليهم الا ذلك القدر من حقهم
فيضمنه والزيادة بقيت في ذمة العبد فيطالب به بعد العتق وكذلك ان كان
قتل حرا خطا فاعتقه المولى وهو عالم به غرم المولى دية الحر مقدرة بعشرة
الاف فيغرمها المولى هذا اذا اعتقه المولى وهو عالم بالجناية فاما اذا لم يكن
عالما بالجناية يغرم قيمة عبده لا ولي الجناية لانه اذا لم يكن عالما بالجناية وقت
الاعتاق لم يكن اعتاقه دليل اختيار الفدا لان هذا النوع من الاختيار لا يتحقق
بدون العلم ويلزمه قيمة عبده لان الواجب الاصلي على المولى هو دفع العبد بالجناية
الا ترى انه لو هلك العبد قبل اختيار الفدا لا شي على المولى وانما ينتقل من العين الى الفدا
باختيار الفدا فاذا لم يكن الاعتاق قبل الاختيار دليل العلم بقي الدفع واجبا وتعذر
عليه دفع عينه فيلزمه دفع ما ينوبه اذ هو دفع العين من حيث الصورة ولو كان
على العبد المأذون دين محيط برقبته وجنى جنايات تحيط بقيمته فاعتقه
المولى وهو لا يعلم بالجناية فانه يغرم لاصحاب الدين قيمته كاملة ويغرم لاصحاب

تمليك صح

العبد صح

لان الاعتاق مع العلم بالجناية دليل اختيار الفدا ودية الحر صح

الجناية قيمة اخرى الا ان تكون قيمته عشرة الاف او اكثر فينقص منها عشرة لان حق
اصحاب الدين قد تعلق بمالية العين وحق اصحاب الجناية قد تعلق بالعين والمولى
بالاعتاق ابطل الحقين جميعا فيضمنهما ولو قتله اجنبي يضمن قيمته واحدة لان الضمان
الواجب بالقتل ضمان اتلاف النفس والنفس واحدة فلا يتعدد ضمانها فاما الضمان
الواجب بالاعتاق ضمان ابطال الحق والحق متعدد فيتعدد ضمانه فهو الفرق والله تعالى
اعلم فان قيل لم لا يشارك اصحاب الدين اصحاب الجناية فالجواب لاختلاف محل
الحقين فالدفع يتعلق بالعين والدين يتعلق بمالية العين وهما محلان مختلفان فتعذر
المشاركة والله اعلم وكذلك يملك اعتاق المدبر وام الولد المأذون في التجارة لما قلنا
ولو اعتقهما وعليهما دين فلا ضمان على المولى من الدين ولا من قيمة المدبر وام الولد لان
دين التجارة لم يتعلق برقبتهما لخبر وجههما عن احتمال الاستيفاء منهما بالتدبير والاستيلاد
فلم يوجد منه اتلاف حق الغرماء فلا يضمن وهل يملك اعتاق كسب عبد المأذون
لا خلاف في انه اذا لم يكن على المأذون دين اصلا يملك وينفذ اعتاقه ولا شيء عليه
لان الاعتاق صادف محلا هو خالص ملكه لا حق لاحد فيه فينفذ ولا يضمن شيئا وان كان
عليه دين فان كان كثيرا يحيط برقبته وكسبه لا يملك ولا ينفذ اعتاقه عند
ابي حنيفة الا ان يسقط حق الغرماء بان يقضي المولى دينهم او تبريه الغرماء من الدين او
يشتريه من المولى من الغرماء وعند ابي يوسف ومحمد رحمهما الله يملك وينفذ
اعتاقه ويضمن قيمته ان كان موسرا وان كان معسرا سعى العبد في قيمته ويرجع
على المولى والمسالة تعرف بان المولى هل يملك كسب عبد المأذون المديون دينا
مستغرقا لرقبته وكسبه عنده لا يملك وعندهما يملك وجه قولهما ان رقبة
المأذون وان تعلق بها حق الغرماء فهي ملك المولى الا ترى انه ملك اعتاقه وملك
الرقبة علة ملك الكسب فيملك الكسب كما يملك الرقبة وجه قول ابي حنيفة رحمه
الله ان شرط ثبوت الملك للمولى في كسب العبد فراغه عن حاجة العبد ولم
يوجد فلا يثبت الملك له فيه كما لا يثبت للوارث في التركة المستغرقة بالدين
والدليل على ان الفراغ شرط ان الملك للمولى في كسب العبد ثبت معدولا به عن الاصل
لانه لم يحصل بكسبه حقيقة وقال الله تعالى وان ليس للانسان الا ما سعى وهذا
ليس من سعيه حقيقة فلا يكون له بظاهر النص الا ان الكسب الفارغ عن حاجة العبد
خص عن عموم النص وجعل ملكا للمولى فبقي الكسب المشغول بحاجته على ظاهر النص هذا
اذا كان الدين محيطا بالرقبة والكسب فان لم يكن محيطا بهما فلا شك انه لا يمنع الملك
عندهما لان المحيط عندهما لا يمنع فغير المحيط اولى واما ابو حنيفة رحمه الله فقد

كان

[margin: لم صح]

كان يقول اولا يمنع حتى لا يصح اعتاقه شيئا من كسبه ثم رجع وقال لا يمنع وجه
قوله الاول ما ذكرنا ان الفراغ شرط ثبوت الملك له فالشغل وان قل يكون مانعا
وجه قوله الآخر ان المانع من ملك المولى كون الكسب مشغولا بحاجة العبد
وبعضه مشغول فارغ فاما ان يعتبر جانب الشغل في المنع من ثبوت الملك له
في كله واما ان يعتبر جانب الفراغ في ايجاب الملك له في كله واعتبار جانب
الفراغ لانا اذا اعتبرنا جانب الفراغ فقد راعينا حق المالك باثبات الملك له
وحق الغرماء باثبات الحق لهم واذا اعتبرنا جانب الشغل فقد راعينا جانب الغرماء
وابطلنا حق المالك اصلا فقضينا حق المالك بتنفيذ اعتاقه وقضينا حق
الغرماء بالضمان صيانة للحقين عن الابطال عملا بالدليلين بقدر الامكان
ولهذا ثبت الملك للوارث في كل التركة اذا لم يكن الدين محيطا بها كذا هذا ولو
اعتقه ثم قضى المولى دين الغرماء من خالص ملكه او ابراه الغرماء نفذ اعتاقه عند
عامة اصحابنا وقال الحسن بن زياد لا ينفذ وجه قول الحسن ان الاعتاق
صادف كسبا مشغولا بحاجة العبد لان الملك ثبت مقصورا على حالة القضا
والابرا فيمنع النفاذ كما اذا اعتق عبد مكاتبه ثم عجز المكاتب انه لا ينفذ
اعتاقه لنا هذا ولنا ان النفاذ كان موقوفا على سقوط حق الغرماء وقد سقط
حقهم بالقضا والابرا فظهر النفاذ من حين وجوده من كل وجه بخلاف
ما اذا اعتق عبدا من اكساب المكاتب لان المكاتب احق باكسابه من المولى لانه فيما
يرجع الى اكسابه كالحر وبالعجز لا يتبين انه لم يكن احق بكسبه فلم ينفذ
اعتاق المولى وعلى هذا الخلاف لو اعتق الوارث عبدا من التركة المستغرقة
بالدين ثم قضى الوارث الدين من مال نفسه او ابرا الغرماء الميت من الدين
انه ينفذ اعتاقه خلافا للحسن ولو وطئ المولى جارية المأذون وعليه
دين محيط فجاءت بولد فادعاه ثبت نسبه منه وصارت الجارية ام ولد
له وغرم قيمة الجارية للغرماء ولا يغرم لهم شيئا من عقرها قليلا ولا كثيرا اما
صحة الدعوة فلان ملك المولى ان لم يظهر في الكسب للحال عند ابي حنيفة رحمه
الله فله فيه حق الملك وصحت دعوته واما لزوم قيمة الجارية للغرماء فلانه
بالدعوة ابطل حقهم واما عدم وجوب العقر فلان المانع من ظهور ملكه في
الكسب حق الغرماء وقد سقط حقهم بالضمان فيظهر الملك له فيه من حين الكسب
العبد فيتبين انه وطئ ملك نفسه فلا يلزمه العقر ولو اعتق المولى جارية
العبد المأذون وعليه دين محيط ثم وطئها فجاءت بولد فادعاه المولى صحت

[margin: وبعضه صح]
[margin: اولى صح]
[margin: مكاتبه صح]
[margin: العبد صح]

دعوته والولد حر ويضمن قيمة الجارية للغرما لما قلنا لان الاعتاق السابق
منه لم يحكم بنفاذه للحال وكان حق الملك ثابتا له الا ان الجارية هاهنا تصير
حرة بالاعتاق م لان نفاذه موقوفا على سقوط حق الغرما وقد سقط بدعوة
المولى فنفذ وصارت حرة بذلك الاعتاق واما لزوم العقر للجارية
فلان الوطي صادف الحرة من وجه والله اعلم ويملك المولى بيع العبد الماذون
اذا لم يكن عليه دين لانه خالص ملكه وان كان عليه دين لا يملك بيعه الا
باذن الغرما او باذن القاضي بالبيع للغرما او بقضا الدين ولو اذن له بعض
الغرما بالبيع لا يملك بيعه الا باجازة الباقين لما نذكره في بيان حكم تعلق
الدين ان شا الله تعالى ويملك اخذ كسب العبد من يده اذا لم يكن عليه دين لانه
فارغ عن حاجته وكان خالص ملكه ولو لحقه دين بعد ذلك فالماخوذ سالم
للمولى لان شرط خلوص الملك له فيه كونه فارغا عند الاخذ وقد وجد ولو
كان الكسب في يد العبد ولا دين عليه فلم ياخذ المولى حتى لحقه دين ثم اراد
اخذه لا يملك اخذه م لانه مشغول بحاجته لتعلق حق الغرما به ولو اخذه المولى
فللغرما ان ياخذوا منه ان كان قايما وقيمته ان كان هالكا لتعلق حقهم بالماخوذ
فعليه رد عينه او بدله ولو لحقه دين اخر بعد ما اخذه المولى اشترك
الغرما الاولون والاخرون في الماخوذ فاخذوا عينه او قيمته لان زمان
الاذن مع تعدده حقيقة في حكم زمان واحد كزمان المرض فكان زمان
تعلق الديون كلها واحدا لذلك اشتركوا فيه ولو كان المولى ياخذ الغلة من
العبد في كل شهر فلحقه دين محيط برقبته وكسبه فهل يجوز له قبض الغلة
مع قيام الدين ينظر ان كان ياخذ غلة مثله جاز له ذلك استحسانا والقياس
ان لا يجوز لان حقهم يتعلق بالغلة الا انا استحسنا الجواز نظرا للغرما لان
الغلة لا تحصل الا بالتجارة فلو منع المولى عن اخذ غلة المثل لحجره عن التجارة
فلا يتمكن من الكسب فيتضرر به الغرما فكان اطلاق هذا القدر وسيلة الى
غرضهم وكان تحصيلا للغلة من حيث المعنى وليس له ان ياخذ اكثر من غلة المثل
ولو اخذ رد الفضل على الغرما لان امتناع ظهور حقهم في غلة المثل للضرورة
ولا ضرورة في الزيادة فيظهر حقهم فيها مع ما ان في اطلاق ذلك اضرارا بالغرما
لان المولى يوظف عليه غلة تستغرق كسب الشهر فيتضرر به الغرما وعلى
هذا اذا كان على العبد دين وفي يده مال فاختلف العبد والمولى فالقول قول
العبد ويقضي منه الدين لان الكسب في يده والماذون في اكسابه التي في يده كالحر

م السابق على المولى العقر للجارية انما صدر ... حرة بالاعتاق السابق فلان الاعتاق السابق صح

م لانه لم يوجد الفراغ عند الاخذ فلم يوجد الشرط وان كان عليه دين يحيط بكسبه لا يملك اخذه صح

ولو كان المال في يدهما فهو بينهما لاستوايهما في اليد وان كان ثم ثالث فهو بينهم اثلاثا
لما قلنا ولو لم يكن عليه دين فاختلف العبد والمولى واجنبي فهو بين المولى والاجنبي
لانه اذا لم يكن عليه دين فلا عبرة ليده وكانت ملحقة بالعدم فبقي يد المولى
والاجنبي وكان الكسب بينهما نصفين وهذا اذا لم يكن العبد في منزل المولى
فان كان في منزل المولى وفي يده ثوب فاختلفا فان كان الثوب من تجارة العبد
فهو له لانهما استويا في ظاهر اليد وترجح يد العبد بالتجارة وان لم يكن من تجارته
فهو للمولى لان الظاهر شاهد للمولى ولو كان العبد راكبا على دابته او لابسا ثوبا فهو
للعبد سوا كان من تجارته او لم يكن لانه ترجح يده بالتصرف فكانت اولى من يد
المولى ولو تنازع الماذون واجنبي فيما في يده من المال فالقول قول العبد لما ذكرنا
انه فيما يرجع الى اليد كالحر ولو اجر الحر او الماذون نفسه من خياط يخيط معه
او من تاجر يعمل معه وفي يد الاجير ثوب فاختلفا فقال المستاجر هو لي
وقال الاجير هو لي فان كان الاجير في حانوت التاجر والخياط فهو للتاجر والخياط
وان لم يكن في منزله وكان في السكة فهو للاجير لان الاجير اذا كان في دار الخياط
ودار الخياط في يد الخياط كان الاجير مع ما في يده في يد الخياط ضرورة واذا كان
في السكة لم يكن هو في يده فكذا ما في يده كما لو كان مكان الاجير اجنبي ولو اجر المولى
عبده المحجور من رجل ومعه ثوب فادعاه المولى والمستاجر فهو للمستاجر سوا
كان العبد في منزل المستاجر او لم يكن بخلاف الاجير اذا لم يكن في منزل المستاجر
انه يكون للاجير دون المستاجر ووجه الفرق ان يد العبد يد نيابة عن
المولى وقد صار مع ما في يده بالاجارة في يد المستاجر وكان القول قول صاحب
اليد فاما يد الاجير فيد الاصالة اذ هو في حق اليد كالحر فلا يصير بنفس الاجارة
في يد المستاجر ولو كان المحجور في منزل المولى فهو للمولى لانه اذا كان في منزل
المولى كان في يده لكون منزله في يده فيزول يد المستاجر والله اعلم

فصل

واما بيان حكم الغرور في العبد الماذون فنقول وبالله التوفيق اذا جا رجل بعبد الى
السوق وقال هذا عبدي اذنت له بالتجارة فبايعوه فبايعه اهل السوق فلحقه
دين ثم استحق او تبين انه كان حرا او مدبرا او ام ولد فهذا لا يخلو من احد وجهين
اما ان كان الرجل حرا واما ان كان عبدا فان كان حرا فعليه الاقل من قيمة العبد ومن
الدين اما وجوب اصل الضمان عليه فلانه غرهم بقوله هذا عبدي فبايعوه حيث
اضاف العبد الى نفسه وامرهم بمبايعته فيلزمه ضمان الغرور وهذا لان امره اياهم بالمبايعة
اخبار منه عن كونه ماذونا في التجارة واضافة العبد الى نفسه اخبار عن كونه ملكا

يدع صح

البدء صح

ط

له والاذن بالتجارة مع عبد آخر يوجب تعلق الدين برقبته وكان الاذن مع الاضافة
دليلا على الكفالة بما يتعلق برقبته التي هي مملوكة له فيواخذ بضمان الكفالة اذ ضمان الغرور
في الحقيقة ضمان الكفالة واما وجوب الاقل من قيمة العبد ومن الدين فلان الداخل
تحت الكفالة هذا القدر وللغرماء ان يرجعوا على الذي ولي مبايعتهم ان كان حرا لانه
الذي باشر سبب الوجوب حقيقة وان كان مستسعى او مدبرا او مكاتبا او ام ولد
يرجع عليهم بعد العتاق لان رقابهم لا تحتمل الاستيفاء قبل العتاق وسواء اذنت
له في التجارة او لم يقل لان الامر بالمبايعة يغني عن التصريح بالاذن وسواء امر
بتجارة خاصة او عامة لان التخصيص لغو عندنا بخلاف ما اذا قال ما بايعت
فلانا من البر فهو علي انه لا يصير كفيلا بغيره لان هناك التخصيص صحيح لوقوع
التصرف في كفالة مقصودة والكفالة المقصودة محتملة للتخصيص فاما
هاهنا فالكفالة ما ثبتت مقصودة وانما ثبتت بمقتضى الامر بالمبايعة والامر
لا يحتمل التخصيص فكذا ~~المبايعة~~ الكفالة هذا اذا اضاف العبد الى نفسه وامرهم
بمبايعته فاما اذا وجد احدهما دون الاخر لا ضمان عليه لان معنى الكفالة لا يثبت
باحدهما دون الاخر فلا بد من وجودهما ولو كان هذا العبد الذي اضافه الى
نفسه وامر الناس بمبايعته ملكا للآمر فدبره المولى ثم لحقه دين بعد
التدبير لم يضمن المولى شيئا لانه لم يغرهم حيث لم يظهر الامر بخلافه فلا يلزمه
ضمان الغرور ولكن لم يتلف عليهم حقهم بالتدبير لانعدام الدين عنده وكذا لو اعتقه
المولى ثم بايعوه لما قلنا هذا اذا كان الآمر حرا فاما اذا كان عبدا فان كان محجورا
فلا ضمان عليه حتى يعتق لان هذا ضمان كفالة وكفالة العبد المحجور لا تنفذ للحال
وان كان ماذونا او مكاتبا او كان الماذون حرا لا ضمان على الآمر في شيء وكذا لو كان
الآمر صبيا ماذونا لان الماذون والمكاتب لا تنفذ كفالتهما للحال ولكنها تنعقد
فيواخذان به بعد العتق والصبي لا تنعقد كفالته فلا يواخذ بالضمان اصلا
فصل واما بيان حكم الدين الذي يلحق الماذون فنقول وبالله التوفيق حكمه
تعلقه بمحل يستوفى منه اذا ظهر فلا بد من بيان سبب تعلق الدين وبيان سبب
ظهور الدين وبيان محل التعلق وبيان حكم التعلق اما بيان سبب تعلق الدين فلتعلق
الدين اسباب منها التجارة من البيع والشرا والاجارة والاستيجار والاستدانة
ومنها ما هو في معنى التجارة كالغصب وجحود الامانات من الودائع ونحوها لان
الغصب وجحود الامانة سبب لوجوب الملك في المغصوب والمجحود فكانا في معنى
التجارة وكذا الاستهلاك ماذونا كان او محجورا بان عقر دابة او خرق ثوبا خرقا

فاحشا

فاحشا لانه سبب لثبوت الملك في العين قبل الهلاك فكان في معنى التجارة وكذا لو عقر
الجارية المستحقة بان اشترى جارية فوطيها ثم استحقت لان الواجب وان كان قيمة
منافع البضع لكن منافع البضع لا تتقوم الا بالعقد فيلحق بالواجب م فصل
واما بيان سبب ظهور الدين فسبب ظهوره شيئان اثنان احدهما اقراره بالدين
وبكل ما هو سبب لتعلق الدين بمحل يستوفى منه وهو ما ذكرنا لان اظهار ذلك
بالاقرار من ضرورات التجارة على ما بينا فيملكه الماذون والثاني قيام البينة على
ذلك عند الانكار لان البينة حجة مظهرة للحق ولا ينتظر حضور المولى بل يقضي
عليه م في الماذون قامت عليه لا على المولى لان يد التصرف له لا للمولى فيملك الخصومة
وكانت الشهادة قائمة عليه لا على المولى فلا معنى لشرط حضور المولى بخلاف
المحجور لانه لا يد له فلا يملك الخصومة وكانت الشهادة قائمة على المولى فيشترط
حضوره لئلا يكون قضاء على الغايب ولو ادعى على العبد المحجور وديعة مستهلكة او
بضاعة او شيئا كان اصله امانة لا يقضى بها للحال عند ابي حنيفة ومحمد وعند
ابي يوسف يقضى بها للحال بناء على ان العبد لا يواخذ بضمان وديعة مستهلكة
للحال عندهما وانما يواخذ به بعد العتاق فيتوقف القضاء بالضمان اليه وعنده
يواخذ به للحال فلا يتوقف والله اعلم وكذلك لو قامت البينة على اقرار الماذون
بذلك قضي عليه ولا يشترط حضور المولى ولو قامت البينة على اقرار م بالغصب لم
يقض عليه وان كان المولى حاضرا لان المحجور لو اقر بذلك لما نفذ على مولاه للحال لذا
اذا قامت البينة على اقراره بخلاف الماذون ولو قامت البينة على العبد الماذون
او المحجور على سبب قصاص او حد من القتل او القذف والزنا والشرب لم يقض بها
عليه حتى يحضر المولى عند ابي حنيفة ومحمد وعند ابي يوسف يقضى بها وان كان
غايبا واجمعوا على انه لو اقر بالحدود والقصاص م اجنبي عن المولى الا ترى انه يصح
اقراره بهما من غير تصديق المولى ولا يصح اقرار المولى عليه من غير تصديقه
وكانت هذه شهادة قائمة عليه لا على المولى فلا يشترط حضوره ولهذا لم يشترط
حضرة المولى في الاقرار وجه قولهما ان العبد بجميع اجزايه مال المولى واقامة
الحدود والقصاص اتلاف ماله عليه فيصان حقه عن الاتلاف ما امكن وفي شرط
الحضور صيانة حقه عن الاتلاف بقدر الامكان لانه لو كان حاضرا عسى
يدعي شبهة مانعة من الاقامة وحق المسلم يجب صيانته عن البطلان ما امكن
ومثل هذه الشبهة مما لا تتقدر في الاقرار بعد صحته لذلك افترقا ولذلك اذا
قامت البينة على عبد انه سرق عشرة دراهم وهو يجحد ذلك انه لو كان المولى

م بالعقد فكان في حكم ضمان التجارة ومنها النكاح باذن المولى لانه لم يشرع بدون المهر صح

م ولو كان محجورا فقامت البينة عليه بالغصب لم يقض عليه حتى يحضر المولى ووجه الفرق ان الشهادة صح

م المحجور صح

م فانها تقام من غير حضرة المولى وجه قول ابي يوسف ان العبد فيما يرجع الى الحدود والقصاص صح

حاضرا يقطع ولا يضمن السرقة ماذونا كان او محجورا بلا خلاف لان القطع مع الضمان
لا يجتمعان وان كان غايبا فان كان العبد ماذونا يضمن السرقة ولا يقطع لان غيبة
المولى لا تمنع القضا بالضمان في حق الماذون ومتى وجب الضمان امتنع القطع لانهما
لا يجتمعان وعلى قياس قول ابي يوسف هذا والفصل الاول سوا يقطع ولا يضمن
السرقة لان حضرة المولى عنده ليس بشرط للقضا بالقطع والقطع يمنع الضمان
وان كان محجورا لا تسمع البينة على السرقة فلا يقضى عليه بقطع ولا بضمان عندهما
اما القطع فلان حضرة المولى شرط ولم يوجد واما الضمان فلان غيبة المولى
تمنع القضا بالضمان في حق المحجور وعنده يقطع ولا يضمن لما قلنا ولو قامت البينة
على سرقة ما دون النصاب فان كان ماذونا قبلت ولزمه الضمان دون القطع
سوا حضر المولى او غاب لان سرقة ما دون النصاب لا توجب القطع فبقي
دعوى السرقة دعوى الضمان على الماذون وحضرة المولى ليست بشرط للقضا
بالضمان على الماذون وان كان محجورا لا تسمع بينته اصلا اما على القطع فظاهر واما
على المال فلان حضرة المولى شرط القضا على المحجور بالمال ولو قامت البينة
على اقرار الماذون او المحجور بسبب القصاص او الحد لزمه القود وحد القذف
حضر المولى او غاب ولا يلزمه ما سواهما من الحدود وان كان المولى حاضرا
لان القصاص حق العبد وكذا حد القذف فيه حق العبد وساير الحدود حق الله
تعالى خالصا فالبينة وان اظهرت الاقرار فالانكار منه رجوع عن الاقرار والرجوع
عن الاقرار يصح في حقوق الله تعالى لا في حقوق العباد فيجب القصاص وحد القذف
ويسقط ما سواهما غير انه اذا قامت البينة على اقراره بالسرقة يلزمه الضمان
ان كان ماذونا سوا بلغ نصابا او لم يبلغ حضر المولى او غاب لان سقوط القطع
للرجوع والرجوع في حق المال لم يصح فيجب الضمان سوا كان المولى حاضرا او غايبا
لان القضا بالمال على الماذون لا يقف على حضور المولى ولو كان محجورا لا قطع عليه ولا ضمان
اما القطع فلمكان الرجوع واما الضمان فلان اقرار المحجور بالمال غير نافذ للحال
فلا تصح اقامة البينة عليه ولو قامت البينة على الصبي الماذون او المعتوه الماذون
على قتل او سبب حد قبلت على القتل وتجب الدية على العاقلة ولا تقبل على الحدود
لتصور سبب وجوب الدية منه وهو القتل الخطا لان عمد الصبي خطا وانعدام تصور
سبب وجوب الحد منه من الزنا وغيره غير انه اذا قامت البينة عليه على السرقة
قبلت على المال وضمنه القاضي لان الصبي الماذون من اهل القضا عليه بالمال ولو قامت
البينة على اقراره بالقتل لم تقبل لان اقرار الصبي غير صحيح فلا تقبل البينة عليه

فصل واما بيان محل التعلق فنقول ولا قوة الا بالله لا خلاف في ان الدين متعلق
بكسب العبد لان المولى بالاذن بالتجارة عينه للاستيفا وتعين شرعا نظرا للغرما
سوا كان كسب التجارة او غيره من الهبة والصدقة والوصية وغيرها وهذا قول
علمائنا الثلاثة وقال زفر لا يتعلق الا بكسب التجارة وتكون الهبة وغيرها للمولى
وجه قوله ان التعلق حكم الاذن والاذن بالتجارة لا بغيرها وهذه ليست من
كسب التجارة فلا يتعلق بها الدين ولنا ان شرط ثبوت الملك للمولى في كسب
العبد اي كسب كان فراغه عن حاجة العبد للفقه الذي ذكرنا من قبل ولم يوجد
الفراغ فلا يثبت الملك له فيه سوا حصل الكسب بعد لحوق الدين او كان حاصلا
قبله الا الولد والارش فان ما ولدت الماذونة من غير مولاها بعد لحوق الدين يتعلق
به وما ولدت قبل ذلك لا يتعلق الدين به ويكون للمولى وكذلك الارش بان فقيت
عينها فوجب الارش على الفاقي ووجه الفرق ان التعلق بالولد بحكم السراية من
الام اليه لان الولد يحدث على وصف الام ومعنى السراية انما تتحقق في الحادث
بعد لحوق الدين لا قبله لانه كان ولا دين على الام فكما حدث حدث على ملك المولى
كذلك الارش في حكم الولد لان الولد جزء منفصل من الاصل والارش بدل جزء منفصل
من الاصل وحكم البدل حكم الاصل فاما تعلقه بغيرهما فليس بحكم السراية بل
بحكم الشغل بحاجة العبد فاذا لم يفرغ عن المولى من يده حتى لحقه دين محيط فقد
صار مشغولا بحاجته فلا يظهر ملك المولى فيه فهو الفرق والله اعلم وهاهنا
فرق اخر وهو ان الولد المولود بعد لحوق الدين يدخل في الدين وولد الجانية لا يدخل
في الجناية لان دخوله في الدين بحكم السراية لان الدين يتعلق برقبة الام فيسري
ذلك الى الولد فيحدث على وصف الام والجناية لا تحتمل التعلق بالرقبة فلا تحتمل
السراية فهو الفرق ولو اذن له المولى ودفع اليه مالا يعمل به فباع واشترى
ولحقه دين لا يتعلق الدين بالمال المدفوع اليه لان الدين يتعلق بكسب العبد وذا
ليس كسبه اصلا فلا يتعلق به واما رقبة العبد فهل يتعلق الدين بها فقد اختلف
فيه قال علماونا الثلاثة يتعلق وقال زفر والشافعي لا يتعلق وجه قولهما ان
السبب ان كان دين العبد فالرقبة ملك المولى ودين الانسان لا يقضى من مال مملوك لغيره
الا باذنه ولم يوجد وان كان دين المولى فلا يتعين له مال دون مال كساير ديون
المولى وانما يقضى من الكسب لوجود التعيين والاذن من المولى دلالة الاذن بالتجارة
لانه قضا دين التجارة من كسب التجارة فكان ماذونا فيه دلالة ومثل هذه الدلالة
لم توجد في الرقبة لان رقبة العبد ليست من كسب التجارة ولنا ان نقول هذا

م المولى صح

هذا دين العبد لكن ظهر وجوبه عند المولى ودين العبد اذا ظهر وجوبه عند المولى
يقضى من رقبته التي هي مال المولى كدين الاستهلاك او نقول هذا دين المولى
فيقضى من المال الذي عينه المولى للقضاء منه كالرهن والمولى بالاذن عين الرقبة
لقضاء الدين منها فتتعين بتعيين المولى والله اعلم واذا كان الكسب والرقبة كل واحد
منهما محلا لتعلق الدين به فاذا اجتمع الكسب والرقبة يبدا بالاستيفاء من الكسب
لان الكسب محل للتعلق قطعا ومحلية الرقبة للتعلق محل الاجتهاد فكانت البداية
بالكسب اولى واذا قضى الدين منه فان فضل من الكسب شئ فهو للمولى لانه كسب
فارغ عن حاجة العبد وان فضل الدين يستوفى من الرقبة عندنا فان فضل على
الثمن يتبع العبد به بعد العتاق على ما نذكره فصل واما بيان حكم التعلق
فنقول وبالله التوفيق ان لتعلق الدين احكاما منها ولاية طلب البيع للغرماء من
القاضي لان معنى تعلق الدين منه ليس الا تعينه لاستيفاء الدين منه وهو في الحقيقة
تعين ماليته للاستيفاء لان استيفاء الدين من جنسه يكون وذلك ماليته لا عينه
وذلك ببيعه واخذ ثمنه الا ان يقضي المولى ديونهم فيتخلص له الرقبة لان حقهم في
انه صح
المالية دون العين وقد قضي حقهم فبطل التعلق ومنها اذا بيع العبد كان
ثمنه بين الغرماء بالحصص لان الثمن بدل الرقبة فيكون لهم على قدر تعلق حقوقهم
بالمبدل وهو الرقبة وكان ذلك بالحصص فكذا الثمن كثمن التركة اذا بيعت
ثم اذا بيع العبد فان فضل شئ من ثمنه فهو للمولى وان فضل الدين لا يطالب به
المولى لانه لا دين على المولى ويتبع العبد به بعد العتاق لان الدين كان عليه
الا ان القدر الذي تعلق برقبته صار مقضيا فبقي الفاضل عليه وانما يباع
العبد في الدين اذا كان حالا فان كان مؤجلا لا يباع الى حل الاجل لان البيع
يتبع التعلق والتعلق يتبع الوجوب والوجوب على التضييق لا يثبت الا بعد
حل الاجل فكذا التعلق ولو كان بعضه حالا وبعضه مؤجلا فطلب اصحاب
الحال البيع باعه القاضي واعطى اصحاب الحال قدر حصصهم وامسك حصة
الى حل الاجل صح
اصحاب الاجل لان التعلق على التضييق ثبت في حق اصحاب الحال لا في حق اصحاب
الاجل وكذلك لو كان الغرماء بعضهم حضورا وبعضهم غيبا فطلب الحضور
البيع من القاضي باعه القاضي واعطى الحضور حصتهم ووقف حصص الغيب لان
لكل واحد منهم دين على الانفراد دينا متعلقا بالرقبة وذا يوجب التخريج الى
فغيبة
البيع فغيبة البعض لا يكون مانعة وكذلك اذا كان بعض الديون ظاهرا والبعض لم
يظهر لكن ظهر سببه وجوبه بان كان عليه دين وحفر بيرا على طريق المسلمين

وطلب

وطلب الغريم البيع باعها القاضي في دينه واعطاه دينه وان كان لا يفضل الثمن
عن دينه شيا لان ظهور دينه اوجب التعلق برقبته فلا يجوز ترك العمل بالظاهر
بما لم يظهر لكن ظهر سببه وجوبه بان كان عليه دين ثم اذا وقع فيها بهيمة
فعطبت رجع صاحب البهيمة على الغريم فيضرب صاحب البهيمة بقيمتها ويضرب
فيتضاربان صح
الغريم بقيمتها وصاحب الد ويضرب الغريم بدينه برقبته فيكون الثمن بينهما
بالحصص لان الحكم يستند الى وقت وجود سببه فيتبين انه كان شريكه في الرقبة
في تعلق الدين فيشاركان في بدلها بالحصص ولو كان عليه دين فاقر قبل ان يباع
لغايب بصدق في ذلك صدقه المولى والغرماء او كذبوه لان اقرار الماذون بالدين
صحيح من غير تصديق المولى لما بينا واذا بيع وقف القاضي من ثمنه حصة الغايب
لانه اذا بيع فقد صار محجورا واقرار المحجور بالدين لا يصح وان صدقه المولى صح
ولو اقر بدين لغايب بعد ما بيع في الدين لم يجز اقراره وان صدقه المولى فان
قدم الغايب فاقام بينة على الدين اتبع الغرماء بحصته من الثمن لانه باقامة البينة
ظهر انه كان شريكهم في الرقبة في تعلق الدين فيشاركهم في بدلها ولا سبيل له على
العبد ولا على صح
المولى ولا على المشتري لان حقه في الدين وبمحل تعلقه الرقبة لا غير فلا سبيل له
على غيرها والله اعلم ومنها انه لا يجوز للمولى بيع العبد الذي عليه دين الا باذن
الغرماء او بقضاء الدين او باذن القاضي بالبيع للغرماء ولو باع لا ينفذ الا اذا
وصل اليهم الثمن وفيه وفاء ديونهم لان حق الغرماء يتعلق برقبته وفي البيع
ابطال هذا الحق عليهم فلا ينفذ من غير رضاهم كبيع المرهون الا ان يصل ثمنه
اليهم وفيه وفاء ديونهم فينفذ لما بينا ان حقهم في معنى الرقبة لا في صورتها
فصار كما لو قضى المولى الدين من خالص ماله وذكر الاطلاق هذه الرواية على ان الدين
حال قيام الكسب يتعلق بالكسب والرقبة جميعا لانه نفى جواز بيع المولى مطلقا
عن شرط عدم الكسب ولو كان قيام الكسب مانعا من التعلق بالرقبة لجاز لان
الرقبة اذ ذاك تكون خالص ملك المولى وتصرف الانسان في خالص ملكه نافذ
الا ان يحمل على حال عدم الكسب حملا للمطلق على المقيد والله اعلم ولو اذن له بعض
الغرماء بالبيع لم يجز الا ان يجيزه الباقون لتعلق حق كل واحد بالرقبة وكان
البيع تصرفا في حق الكل فلا ينفذ من غير اجازتهم ثم فرق بين بيع المولى وبين
بيع الوصي التركة في الدين من غير اذن الغرماء انه ينفذ هنالك وهاهنا لا ينفذ
ن
ووجه الفرق ان للغرماء حق استسعاء الماذون وهذا الحق يبطل بالبيع وكان
امتناع النفاذ مفيدا وليس للغرماء ولاية استسعاء التركة لما فيه من تاخير قضاء
دين الميت فكان عدم النفاذ للوصول الى الثمن خاصة وانه يحصل ببيع الوصي

فلم يكن التوقف مفيدا فلا يتوقف هذا اذا كان الدين حالا فان كان مؤجلا ينفذ
البيع في ظاهر الرواية لان المانع من النفاذ هو التعلق على التضييق ولم يوجد ثم اذا
حل الاجل فان كانت ديونهم مثل الثمن او اقل اخذوا منه وان كانت ديونهم اكثر
من الثمن ضمنوا المولى الى تمام قيمة العبد وروي عن محمد في النوادر انه لا ينفذ
بيع المولى لوجود اصل التعلق هذا اذا كان العبد قايما في يد المشتري فان كان
هالكا فالغرما بالخيار ان شاوا ضمنوا المولى وان شاوا ضمنوا المشتري قيمة
العبد لان كل واحد منهما غاصب لحقهم فكان لهم تضمين ايهما شاوا فان اختاروا
تضمين المولى نفذ بيعه لانه خلص ملكه فيه عند البيع باختيار الضمان فكانه
باعوه بثمن هو قدر قيمته واشتراه منهم به حتى لو وجد المشتري به عيبا بعد
هلاكه له ان يرجع بالنقصان على المولى وللمولى ان يرجع به على الغرما وان اختاروا
تضمين المشتري بطل البيع لانه لا يملك تمليكه منه بالضمان فبطل واسترد الثمن
ولو لم يهلك العبد في يد المشتري ولكن غاب المولى فان وجدوه ضمنوه القيمة
وان لم يجدوه فلا خصومة بينهم وبين المشتري عند ابي حنيفة ومحمد وعند
ابي يوسف هذا وما لو كان المولى حاضرا سوا والله اعلم هذا الذي ذكرنا حكم تعلق
الدين بالرقبة حال الانفراد فاما حكم تعلقه حالة الاجتماع بان اجتمع الدين والجناية
فنقول وبالله التوفيق اذا اجتمع الدين والجناية بان قتل العبد الماذون رجلا خطا
وعليه دين لا يبطل الدين بالجناية لان حكم الجناية في الاصل وجوب الدفع وله سبيل
الخروج عنه بالفدا او التخيير بين الدفع والفدا وهذا لا ينافي لانه يملك دفعه
متعلقا رقبته بالدين وكذا لا ينافيه الفدا لا شك فيه فان اختار الدفع
فهذا لا يخلو من ثلاثة اوجه اما ان حضر اصحاب الدين والجناية معا واما
ان حضر اصحاب الجناية اولا واما ان حضر اصحاب الدين فان حضر اصحاب
الدين والجناية جميعا يدفع العبد الى اوليا الجناية ثم يبيعه القاضي للغرما في
دينهم فانا اذا دفعناه بالجناية فقد راعينا حق اصحاب الجناية بالدفع اليهم وراعينا
حق الغرما بالدين بالبيع بدينهم واذا دفعناه الى اصحاب الدين ابطلنا حق اصحاب
الجناية لتعذر الدفع بعد البيع الاترى لان الثابت للمشتري ملك جديد بدخل عن
الجناية وكانت البداية بالجناية مراعاة الحقين من الجانبين فكان اولى ثم في الدفع
الى اصحاب الجناية ثم البيع بالدين فايدة وهي الاستخلاص بالفدا لان للناس في اعيان
الاشيا ما ليس في ابدالها واذا دفعه المولى الى اصحاب الجناية فالقياس ان يضمن
قيمته للغرما لانه يصير ملكا لهم بالدفع فكان الدفع منهم تمليكا منهم بمنزلة البيع

م منه صح

م الدين صح

م غايب صح

وفي الاستحسان لا يضمن لان الدفع واجب عليه ومن اتى بفعل واجب عليه لا يضمن لان
الضمان يمنعه عن اقامة الواجب فيتناقض ثم اذا دفعه اليهم فيبيع للغرما فان
فضل عن دينهم شي من الثمن صرف الى اصحاب الجناية لان العبد صار ملكا لهم بالدفع
اليهم وانما بيع على ملكهم الا ان اصحاب الدين اولى بثمنه بقدر دينهم فبقي الفاضل
من دينهم على ملك اصحاب الجناية كما اذا لم يكن هناك جناية فباعه القاضي للغرما
وفضل من ثمنه شي ان الفاضل يكون للمولى كذا هذا ولو دفعه المولى الى اصحاب الدين
بدينهم ان كان عالما بالجناية لزمه الارش لانه صار مختارا للفدا وان لم يكن عالما بها
يلزمه قيمة العبد لان الواجب الاصلي دفع عين العبد وانما الفدا للخروج عنه بطريق
الرخصة على ما بينا والدفع من غير علم لا يصلح دليل اختيار الفدا فبقي دفع العين
واجبا وقد تعذر دفع عينه بالدفع الى اصحاب الدين فيجب دفع قيمته اذ هو
دفع العين معنى وان حضر اصحاب الجناية اولا فكذلك يدفع العبد اليهم ولا ينتظر
حضور الغرما لانهم لو كانوا حضورا لكان الحكم هكذا فلا معنى للانتظار وان
حضر اصحاب الدين اولا فان كان القاضي عالما بالجناية لا يبيعه في ديونهم لان في
البيع ابطال حق اصحاب الجناية وان لم يكن عالما بها فباعه بطل حق اصحاب
الجناية حتى لو حضروا بعد ذلك لا ضمان على القاضي ولا على المولى اما القاضي فلانه
لا عهدة تلزم القاضي فيما يفعله لكونه امينا واما المولى فلانه باعه بامر القاضي
فكان مضافا الى القاضي ولو كان باعه بغير اذن القاضي فان باعه مع علمه بالجنا
يلزمه الارش لانه صار مختارا للفدا وان لم يكن عالما بالجناية يلزمه الاقل
من قيمة العبد ومن الارش لما بينا والله اعلم

فصل

واما بيان ما يبطل به
الاذن بعد وجوده فنقول وبالله التوفيق ان الاذن بالتجارة يبطل بضده
وهو الحجر فيحتاج الى بيان ما يصير به العبد محجورا وذلك انواع بعضها يرجع
الى المولى وبعضها يرجع الى العبد اما الذي يرجع الى المولى فثلاثة انواع صريح
ودلالة وضرورة والصريح نوعان عام وخاص اما العام فهو الحجر باللسان
على سبيل الاشهار والاشاعة بان يحجره في اهل سوقه بالندا بالحجر وهذا
النوع من الحجر يبطل به الاذن الخاص والعام جميعا لان الاذن بالتجارة غير لازم
فكان محتملا للبطلان والشي يبطل بمثله وبما هو فوقه واما الخاص فهو ان يكون
بين العبد وبين المولى او لا يكون على سبيل الاستفاضة والاشتهار وهذا النوع لا يبطل
به الاذن العام لان الشي لا يبطل بما هو دونه ولان الحجر اذا لم يشتهر فالناس يعاملونه
بنا على الاذن العام ثم يظهر الحجر فيلحقهم ضرر الغرور وهو اتلاف ديونهم في

ذمة المفلس ومعنى التغرير لا يتحقق في الاذن العام لان الناس يمتنعون عن معاملته فلا يلحقهم ضرر الغرور ويبطل به الاذن الخاص لان الحجر صحيح في حقهما حسب صحة الاذن فجاز ان يبطل به لان الشي يحتمل البطلان بمثله ومن شرط صحة هذين النوعين علم العبد بهما فان لم يعلم لا يصير محجورا لان الحجر منع من تصرف شرعي وحكم المنع في الشرايع لا يلزم الممنوع الا بعد العلم كما في ساير الاحكام الشرعية ولو اخبره بالحجر رجلان او رجل وامراتان عدلا كان او غير عدل صار محجورا بالاجماع وكذلك اذا اخبره واحد عدل رجلا كان او امراة حرا كان او عبدا او اخبره واحد غير عدل وصدقه لان خبر الواحد في المعاملات مقبول من غير شرط العدد والعدالة والذكورة والحرية اذا صدق فيه اما اذا كذبه فلا يصير محجورا عند ابي حنيفة وان ظهر صدق المخبر وعندهما يصير محجورا صدقه او كذبه اذا ظهر صدق الخبر ولو كان المخبر رسولا يصير محجورا بالاجماع صدقه او كذبه ولو اشترى الماذون عبدا فاذن له بالتجارة فحجر المولى على احدهما فان حجر على الاسفل لم يصح سوا كان على الاعلى دين او لم يكن لانه ماذون من جهة الاعلى لا من جهة المولى وان حجر على الاعلى ينظر ان لم يكن عليه دين لا يصير الاسفل محجورا عليه لانه اذا لم يكن عليه دين فهما عبدان مملوكان للمولى فيصير كانه اذن لهما ثم حجر على احدهما ولو كان كذلك لا يحجر احدهما بحجر الاخر كذلك هذا وان كان على الاعلى دين يصير محجورا عند ابي حنيفة وعندهما لا يصير محجورا بنا على ان المولى لا يملك كسب عبد الماذون المديون عنده وعندهما يملك ووجه البنا انه لما لم يملك عنده وقد استفاد الاذن من جهة الاعلى لا من جهة المولى صار بحجر الاعلى كموته ولو مات لصار الثاني محجورا كذا هذا ولما ملك عندهما صار الجواب في هذا وفي الاول سوا والله اعلم واما الدلالة فانواع منها البيع وهو ان يبيعه المولى ولا دين عليه لانه زال ملكه بالبيع وحدث للمشتري فيه ملك جديد فيزول اذن البايع لزوال ملكه ولم يوجد الاذن من المشتري فيصير محجورا ومنها الاستيلاد بان كان الماذون جارية فاستولدها المولى استحسانا والقياس ان لا يبطل به الاذن لانها قادرة على التصرف بعد الاستيلاد وجه الاستحسان ان التجارة لا بد لها من الخروج الى الاسواق وامهات الاولاد ممنوعات عن الخروج في العادات فكان الاستيلاد حجرا دلالة فاما التدبير فلا يكون حجرا لانه لا ينفي الاذن لان الاذن اطلاق والتدبير لا ينافيه ومنها لحوقه بدار الحرب مرتدا فعلى قياس قول ابي حنيفة رحمه الله ينبغي ان يقف تصرف الماذون بعد الردة وعلى

بطل الاذن صح

قوله لان الردة مع اللحوق توجب زوال الملك فيمنع بقاء الاذن فكان حجرا دلالة فانه لم يلحق بدار الحرب صح

قياس

قياس قولهما ينفذ والله اعلم واما الضرورة فانواع منها موته لان الموت يبطل الملك وبطلان الملك يوجب بطلان الاذن على ما بينا والله اعلم ومنها جنونه جنونا مطبقا لان اهلية الاذن شرط بقا الاذن لان الاذن بالتجارة غير لازم فكان لبقايه حكم الابتدا ثم ابتدا الاذن لا يصح من غير الاهل فلا يبقى ايضا والجنون المطبق مبطل للاهلية فصار محجورا فان افاق يعود ماذونا لان بطلان الاذن لبطلان الاهلية مع احتمال العود فان افاق عادت الاهلية فعاد ماذونا وصار كالموكل اذا افاق بعد جنونه انه يعود الوكالة كذا هذا واما الاغما فلا يوجب الحجر لانه لا يبطل الاهلية لكونه على شرف الزوال ساعة فساعة عادة ولهذا لا يمنع وجوب ساير العبادات واما الذي يرجع الى العبد فانواع منها اباقه لان بالاباق ينقطع منافع تصرفه عن المولى فلا يرضى به المولى وهذا لا ينافي الاذن لان تصرف الماذون برضى المولى ومنها جنونه جنونا مطبقا لانه مبطل اهلية التجارة على وجه لا يحتمل العود الا على سبيل الندرة لزوال ما هو مبني عليه وهو العقل فلم يكن في بقا الاذن فايدة فيبطل ولو افاق بعد ذلك لا يعود ماذونا بخلاف الموكل والله اعلم واما الجنون الذي هو غير مطبق فلا يوجب الحجر لان غير المطبق منه ليس بمبطل للاهلية لكونه على شرف الزوال فكان في حكم الاغما ومنها ردته عند ابي حنيفة وعندهما لا توجب الحجر بنا على وقوف تصرفاته عنده ونفوذها عندهما ومنها لحوقه بدار الحرب مرتدا لان اللحوق مرتدا بمنزلة الموت فكان مبطلا للاهلية والله اعلم

فصل واما حكم الحجر فهو انحجار العبد في حق المولى عن كل تصرف كان يملكه بسبب الاذن فلا يملك الاقرار بالدين اذا لم يكن في يده مال لان صحة اقرار الماذون بالدين لكونه من ضرورات التجارة على ما بينا ولا يملك التجارة فلا يملك الاقرار بما هو من ضروراتها في حق المولى لكن يتبع بعد العتاق لان اقراره صحيح في نفسه لصدوره من الاهل لكن لم يظهر في الحال لحق المولى فاذا عتق فقد زال المانع فيظهر وان كان في يده مال ينفذ اقراره فيما في يده عند ابي حنيفة رحمه الله وعندهما لا ينفذ لانه اقرار المحجور فكيف ينفذ ولابي حنيفة رحمة الله انه غير محجور فيما في يده ولم يصح الحجر في حق ما في يده لانه لو صح لتبادر الموالي الى حجر عبيدهم الماذون في التجارة اذا علموا ان عليهم دينا لتسلم لهم اكسابهم التي في ايديهم وقد لا يكون للغرما بينة على ذلك فيتضرر الغرما لانعلاق ديونهم بذمة العبد المفلس فكان اقراره فيما في يده من المال من ضرورات التجارة فاشبه اقرار الماذون بخلاف ما اذا لم يكن في يده مال لان الحجر من المولى للوصول الى الكسب فاذا لم يكن

ايضا صح

ايضا صح

فيصير محجورا لكن عند ابي حنيفة موقوف الردة وعندهما موقوف اللحوق صح

نبر

في يده كسب فلا يحجر فهو الفرق بين الفصلين ولو ظهر الدين عليه بالبينة او
المعاينة وفي يده كسب فحجره المولى لا سبيل للمولى على الكسب لان حق الغرماء متعلق به
ويملك الاقرار على نفسه بالحدود والقصاص فاستوى فيه تصديقه وتكذيبه
ولا يحتاج في اقامتها الى حضور المولى بالاجماع وفيما اذا ثبت ذلك ببينة قامت عليه
اختلاف ذكرناه فيما قبل والمحجور في الجناية عمدا او خطا والماذون سوا
وموضع معرفة حكم جنايتهما كتاب الديات وقد ذكرناه فيه والله تعالى اعلم

صدقه المولى او كذبه لانه لا ملك للمولى في نفسه في حق الحدود والقصاص صح

كتاب الاقرار

الكلام في هذا الكتاب في مواضع في بيان ركن الاقرار وفي بيان الشرايط التي يصير الركن بها اقرارا شرعا وفي
بيان ما يصدق المقر فيما الحق باقراره من القراين مما لا يكون رجوعا حقيقة وما لا
يصدق فيه مما يكون رجوعا عنه وفي بيان ما يبطل به الاقرار بعد وجوده اما
ركن الاقرار فنوعان صريح ودلالة فالصريح نحو ان يقول لفلان علي الف درهم
لان على كلمة ايجاب لغة وشرعا قال الله تعالى ولله على الناس حج البيت من
استطاع اليه سبيلا وكذا اذا قال الرجل لي عليك الف درهم فقال الرجل نعم لان
كلمة نعم خرجت جوابا لكلامه وجواب الكلام اعادة له لغة كانه قال لك علي الف
درهم وكذلك اذا قال لفلان في ذمتي الف درهم لان ما في الذمة هو الدين فيكون
اقرارا بالدين ولو قال لفلان قبلي الف درهم ذكر القدوري انه يكون اقرارا بامانة
في يده وذكر الكرخي انه يكون اقرارا بالدين وجه ما ذكره الكرخي ان القبالة هي
الكفالة قال الله تعالى والملايكة قبيلا اي كفيلا والكفالة هي الضمان قال الله تعالى
وكفلها زكريا على قراءة التخفيف اي ضمن القيام بامرها وجه ما ذكره القدوري
ان القبالة تستعمل بمعنى الضمان وتستعمل بمعنى الامانة قال محمد رحمه الله ذكر في
الاصل ان من قال لا حق لي على فلان يبرا عن الدين ومن قال لا حق لي عند فلان
او معه يبرا عن الامانة ولو قال لا حق لي قبل فلان يبرا عن الدين والامانة جميعا
وكانت القبالة محتملة للضمان والامانة والضمان لم يعرف وجوبه فلا يجب بالاحتمال
ولو قال له في دراهمي هذه الف درهم يكون اقرارا بالشركة ولو قال له في مالي الف
درهم ذكر في الاصل ان هذا اقرار له ولم يذكر انه مضمون او امانة واختلف المشايخ فيه
قال الجصاص انه يكون اقرارا بالشركة كما في الفصل الاول لانه جعل ماله ظرفا للمقر به
وهو الالف فيقتضي الخلط وهو معنى الشركة وقال بعضهم ان كان ماله محصورا يكون
اقرارا بالشركة وان لم يكن محصورا يكون اقرارا بالدين وظاهر اطلاق الكتاب
يدل على الاقرار بالدين كيف ما كان لان كلمة الظرف في مثل هذا تستعمل في الوجوب

فلا

قال النبي صلى الله عليه وسلم في الرقة ربع العشر وفي خمس من الابل السايمة شاة وفي
الركاز الخمس ولو قال له في مالي الف درهم لا يكون اقرارا بل يكون هبة لانه ليس فيه
ما يدل على الوجوب في الذمة لان اللام المضاف الى اهل الملك للتمليك والتمليك
بغير عوض هبة واذا كان هبة فلا يملكها الا بالقبول والتسليم ولو قال له في مالي
الف درهم لا حق لي فيها فهو اقرار بالدين لان الالف التي لا حق له فيها لا تكون الا الدين
اذ لو كانت هبة لكان له فيها حق ولو قال له عندي الف درهم فهو وديعة لان
عند لا تدل على الوجوب في الذمة بل هي كلمة حضرة وقرب ولا اختصاص لهذا
المعنى بالوجوب في الذمة فلا يثبت الوجوب الا بدليل زايد ولذلك لو قال
لفلان معي او في منزلي او في بيتي او في صندوقي الف درهم فذلك كله وديعة لانها
في متعارف الناس تستعمل في الودايع فعند الاطلاق تنصرف اليها ولو قال
عندي الف درهم عارية فهو قرض لان عندي تستعمل في الامانات وقد فسره
بالعارية وعارية الدراهم والدنانير تكون قرضا اذ لا يمكن الانتفاع بها الا باستهلاكها
فيكون قرضا في المتعارف وكذلك هذا في كل ما يكال او يوزن لتعذر الانتفاع
بها بدون الاستهلاك وكان الاقرار باعارتها اقرارا بالقرض والله اعلم واما
الدلالة فهي ان يقول الرجل لي عليك الف درهم فيقول قد قضيتكها لان القضا
اسم لتسليم مثل الواجب في الذمة فيقتضي سابقة الوجوب وكان الاقرار بالقضا
اقرارا بالوجوب ثم يدعي الخروج عنه بالقضا فلا يصح الا بالبينة وكذلك
اذا قال له رجل لي عليك الف درهم فقال اتزنها لانه اضاف الاتزان الى الالف
المدعاة والانسان لا يامر المدعي باتزان المدعى الا بعد كونه واجبا عليه فكان
الامر بالاتزان اقرارا بالدين دلالة وكذلك اذا قال انتقدها لما قلنا ولو قال
اتزن او انتقد لم يكن اقرارا لانه لم توجد الاضافة الى المدعى فيحتمل الامر باتزان
شيء اخر فلا يحمل على الاقرار بالاحتمال وكذا اذا قال اجلني بها لان معنى التاجيل
تاخير المطالبة مع قيام اصل الدين في الذمة كالدين المؤجل والله اعلم ولو قال له
رجل لي عليك الف درهم فقال حقا يكون اقرارا لان معناه حققت فيما قلت لان انتصاب
المصدر لا بد له من اضمار مصدره وهو الفعل ويحتمل ان يكون معناه قل حقا ولكن
الاول اظهر وكذلك اذا قال الحق لانه تعريف المصدر وهو قوله حقا وكذلك
لو قال صدقا او الصدق او يقينا او اليقين لما قلنا ولو قال برا او البر لا يكون
اقرارا لان لفظة البر مشترك تذكر على ارادة الصدق وتذكر على ارادة التقوى
وتذكر على ارادة الخير فلا يحمل على الاقرار بالاحتمال وكذلك اذا قال صلاحا او الصلاح

لان هذه الالفاظ لا تدل الا على قيام المدعى المذكور وذا لا يقتضي الوجوب في الذمة لا محالة فلم يكن اقرارا بالدين فكان وديعة صح

وإعارة ما لا يمكن الانتفاع به الا باستهلاكه قضاء صح

والذم حقا صح

لا يكون اقرارا لان لفظة الصلاح لا تكون بمعنى التصديق والاقرار فانه لو صرح وقال
له صلحت لا يكون تصديقا فيحمل على الامر بالصلاح والاجتناب عن الكذب هذا
اذا كان لفظة مفردة من هذه الالفاظ الخمسة فان جمع بين لفظتين متجانستين
او مختلفتين فحكمه يعرف في اقرار الجامع ان شاء الله تعالى ثم ركن الاقرار لا يخلو
اما ان يكون مطلقا واما ان يكون ملحقا بقرينة فالمطلق هو قوله لفلان علي كذا
وما يجري مجراه خاليا عن القرائن واما الملحق بالقرينة فبيانه يشتمل على
فصل بيان ما يصدق المقر فيما الحق باقراره من القرائن مما لا يكون رجوعا وما لا
يصدق فيه مما يكون رجوعا فنقول القرينة في الاصل نوعان قرينة مغيرة
من حيث الظاهر على الحقيقة وقرينة مبينة على الاطلاق واما القرينة المغيرة
من حيث الظاهر المبينة على الحقيقة فهي المسقطة لاسم الجملة فيتغير بها الاسم
لكن يتبين بها المراد فكان تغييرا صورة تبيينا معنى واما القرينة المغيرة
فتتنوع ثلاثة انواع نوع يدخل على اصل الاقرار ونوع يدخل على وصف المقر به
ونوع يدخل على قدره وكل ذلك قد يكون متصلا وقد يكون منفصلا اما
الذي يدخل على اصل الاقرار فنحو التعليق بمشيئة الله تعالى متصلا باللفظ بان
قال لفلان علي الف درهم ان شاء الله تعالى وهذا يمنع صحة الاقرار اصلا لان
تعلق مشيئة الله تعالى بكون الالف في الذمة امر لا يعرف فان شاء كان وان لم يشا
لم يكن ولا يصح الاقرار مع الاحتمال ولان الاقرار اخبار عن كائن والكائن لا يحتمل
تعلق كونه بالمشيئة فان القاعد اذا قال انا قاعد ان شاء الله يستحمق
ولهذا ابطلنا القول بالاستثناء في الايمان والله اعلم وكذا اذا علقه بمشيئة
فلان لا يصح الاقرار لما قلنا ولو اقر بشرط الخيار بطل الشرط وصح الاقرار
لما ذكرنا ان الاقرار اخبار عن ثابت في الذمة وشرط الخيار في معنى الرجوع والاقرار
في حقوق العباد لا يحتمل الرجوع واما الذي يدخل على وصف المقر به فان كان
متصلا باللفظ بان قال لفلان علي الف درهم وديعة يصح ويكون اقرارا بالوديعة
وان كان منفصلا عنه بان سكت ثم قال عنيت به الوديعة لا يصح ويكون
اقرارا بالدين لان البيان المغير لا يصح الا بشرط الوصل كالاستثناء وهذا لان
قوله لفلان علي الف درهم اخبار عن وجوب الالف عليه من حيث الظاهر الا ترى
انه لو سكت عليه لكان كذلك فاذا قرن به قوله وديعة وحكمها وجوب
الحفظ فقد غير حكم الظاهر من وجوب العين الى وجوب الحفظ فكان بيان
تغيير من حيث الظاهر فلا يصح الا موصولا كالاستثناء وانما يصح موصولا لان قوله

علي الف درهم يحتمل وجوب الحفظ اي علي حفظ الف درهم وان كان خلاف الظاهر فيصح
بشرط الوصل ولو قال لفلان علي الف درهم وديعة قرضا او مضاربة قرضا او
بضاعة قرضا او قال دينا مكان قوله قرضا فهو اقرار بالدين لان الجمع بين اللفظين
في معناهما ممكن لجواز ان يكون امانة في الابتداء ثم يصير مضمونا في الانتهاء اذ الضمان
قد يطرأ على الامانة كالوديعة المستهلكة ونحوها سواء وصل او فصل لان الانسان
في الاقرار على نفسه غير متهم واما الذي يدخل على قدر المقر به فنوعان احدهما
الاستثناء والثاني الاستدراك اما الاستثناء في الاصل فنوعان احدهما ان يكون المستثنى فيه
من جنس المستثنى منه والثاني ان يكون من خلاف جنسه وكل واحد منهما نوعان
متصل ومنفصل فان كان المستثنى من جنس المستثنى منه والاستثناء متصل فهو على
ثلاثة اوجه استثناء القليل من الكثير واستثناء الكثير من القليل واستثناء الكل من
الكل اما استثناء القليل من الكثير فنحو ان يقول علي عشرة دراهم الا ثلاثة دراهم
ولا خلاف في جوازه ويلزمه سبعة دراهم لان الاستثناء في الحقيقة تكلم بالباقي
بعد الثنيا كانه قال لفلان علي سبعة دراهم الا ان للسبعة اسمين احدهما
سبعة والاخر عشرة الا ثلاثة قال الله تعالى فلبث فيهم الف سنة الا خمسين
عاما معناه انه لبث فيهم تسعمائة وخمسين عاما وكذلك اذا قال لفلان علي
الف درهم سوى ثلاثة لان سوى من الفاظ الاستثناء وكذا اذا قال غير ثلاثة
لان غير بالنصب للاستثناء فان قال لفلان علي الف درهم غير دانق يلزمه
خمسة دوانيق ولو قال غير دانق يلزمه درهم تام واما استثناء الكثير
من القليل بان قال لفلان علي عشرة دراهم الا تسعة فجائز في ظاهر الرواية
ويلزمه درهم الا ما روي عن ابي يوسف انه لا يصح وعليه العشرة والصحيح
جواب ظاهر الرواية لان المنقول عن ائمة اللغة ان الاستثناء تكلم بالباقي بعد
الثنيا وهذا المعنى كما يوجد في استثناء القليل من الكثير يوجد في استثناء الكثير
من القليل الا ان هذا النوع من الاستثناء غير مستحسن عند اهل اللغة لانهم لما
وضعوا الاستثناء لحاجتهم الى استدراك الغلط ومثل هذا الغلط مما يندر وقوعه
غاية الندرة فلا حاجة الى استدراكه لكنه يحتمل الوقوع في الجملة فيصح واما
استثناء الكل من الكل بان يقول لفلان علي عشرة دراهم الا عشرة دراهم فباطل
وعليه عشرة كاملة لان هذا ليس باستثناء اذ هو تكلم بالحاصل بعد الثنيا ولا
حاصل ها هنا بعد الثنيا فلا يكون استثناء بل يكون ابطالا للكلام ورجوعا
عما تكلم به والرجوع عن الاقرار في حقوق العباد لا يصح فبطل الرجوع وبقي

م اذا ذكر صح

م مبينة صح

م بالف صح

علي

الاقرار ولو قال لفلان علي عشرة دراهم الا درهما زايفا لا يصح الاستثنا
عند ابي حنيفة رحمه الله وعليه عشرة جياد للمقر له وعلى المقر له درهم زايف
للمقر بنا على ان الاصل عند ابي حنيفة رحمه الله ان المقاصة لا تقف على صفة الجودة
بل تقف على الوزن وعند ابي يوسف رحمه الله لا تتحقق المقاصة الا بهما جميعا
ووجه البنا على هذا الاصل انه لو صح الاستثنا لوجب على المقر له درهم زايف
وحينئذ تقع المقاصة لان اختلاف صفة الجودة لا تمنع المقاصة عنده واذا
وقعت المقاصة يصير المستثنا درهما جيدا لا زايفا وهذا خلاف موجب تصرفه
فلم يصح الاستثنا وعند ابي يوسف لما كان اتحادهما في صفة الجودة شرطا
لتحقق المقاصة ولم يوجد هاهنا لا تقع المقاصة واذا لم تقع كان الواجب
على كل واحد منهما اداء ما عليه فلا يودي الى تغيير موجب الاستثنا فيصح الاستثنا
والصحيح اصل ابي حنيفة رحمه الله لان الجودة في الاموال الربوية ساقطة الاعتبار
شرعا لقول النبي صلى الله عليه وسلم جيدها ورديها سوا والساقط شرعا والعدم
حقيقة سوا ولو انعدمت حقيقة لوقعت المقاصة كذا اذا انعدمت شرعا ولو
قال لفلان علي عشرة دراهم الا درهما ستوقا ففي قياس قول ابي حنيفة وابي يوسف
انه يصح الاستثنا وعليه عشرة دراهم الا درهم ستوق وفي قياس قول محمد انه
لا يصح الاستثنا اصلا بنا على ان المجانسة ليست بشرط لصحة الاستثنا عند
ابي حنيفة وابي يوسف وعندهما شرط على ما سنذكره ان شا الله تعالى ولو
قال لفلان علي الف درهم الا قليلا فعليه اكثر من نصف الالف والقول في الزيادة
على الخمسماية قوله لان القليل من اسما الاضافة فيقتضي ان يكون ما يقابله اكثر
منه ليكون هو بالاضافة اليه قليلا فاذا استثنا القليل من الالف فلا بد وان
يكون المستثنا منه اكثر من المستثنا وهو الاكثر من نصف الالف ولهذا قال بعض
اهل التاويل في قوله تعالى يا ايها المزمل قم الليل الا قليلا ان استثنا القليل من
الامر بقيام الليل يقتضي الامر بقيام اكثر الليل والقول في مقدار الزيادة على نصف
الالف قوله لانه المجمل في قدر الزيادة فكان البيان اليه وكذا اذا قال الا شيا لان
الاستثنا بلفظ شي لا يستعمل الا في القليل هذا اذا كان المستثنا من جنس المستثنى منه
فان كان من خلاف جنسه ينظر ان كان المستثنى مما لا يثبت دينا في الذمة مطلقا
كالثوب لا يصح الاستثنا وعليه جميع ما اقر به عندنا بان قال له علي عشرة
دراهم الا ثوبا وعند الشافعي يصح ويلزمه قدر قيمة الثوب وان كان المستثنى
مما يثبت دينا في الذمة مطلقا من المكيل والموزون والعددي المتقارب بان قال

وقال ابو يوسف يصح الاستثنا وعليه عشرة جياد صح

قيمة صح

مقدار

لفلان

لفلان علي عشرة دراهم الا قفيز حنطة او ماية دينار الا عشرة دراهم او دينار الا ماية
جوزة يصح الاستثنا عند ابي حنيفة وابي يوسف ويطرح مما اقر به قدر قيمة
المستثنى وعند محمد وزفر لا يصح الاستثنا اصلا اما الكلام مع الشافعي في المسلة
الاولى فوجه قول الشافعي رحمه الله ان لنص الاستثنا حكما على حدة كما ان لنص
المستثنى منه من النفي والاثبات لان الاستثنا من النفي اثبات ومن الاثبات نفي
لغة فقوله لفلان علي عشرة دراهم الا درهما معناه الا درهما فانه ليس
علي فيصير دليل النفي معارضا لدليل الاثبات في قدر المستثنا ولهذا قال ان الاستثنا
يعمل بطريق المعارضة فصار قوله لفلان علي عشرة الا ثوبا اي الا ثوبا فانه
ليس من الالف ومعلوم ان عين الثوب من الالف ليس عليه فكان المراد قدر قيمته
اي مقدار قيمة الثوب ليس علي من الالف ووجه قول اصحابنا انه لا حكم
لنص الاستثنا الا البيان ان القدر المستثنا لم يدخل تحت نص المستثنا منه اصلا
لان اهل اللغة قالوا ان الاستثنا تكلم بالباقي بعد الثنيا وانما يكون تكلما بالباقي
اذا كان بيانا فكان انعدام حكم نص المستثنا منه في المستثنا لانعدام تناول
اللفظ اياه لا للمعارضة مع ما ان القول بالمعارضة فاسد لوجوه احدها
ان الاستثنا مقارن للمستثنا منه فكانت المعارضة متناقضة والثاني
ان المعارضة انما تكون بدليل قايم بنفسه ونص الاستثنا ليس بنص قايم بنفسه
فلا يصلح معارضا الا ان يزاد عليه قوله الا كذا فانه كذا وهذا تغيير ومهما
امكن العمل بظاهر اللفظ من غير تغيير كان اولى والثالث ان القول
بالمعارضة يكون رجوعا عن الاقرار والرجوع عن الاقرار في حقوق العباد لا
يصح كما اذا قال له علي عشرة دراهم وليس له علي عشرة دراهم واذا كان
بيانا فمعنى البيان لا يتحقق الا اذا كان المستثنى من جنس المستثنى منه اما
في الاسم او في احتمال الوجوب في الذمة على الاطلاق ولم يوجد هاهنا على
ما نذكر ان شا الله تعالى وقولهم الاستثنا من الاثبات نفي ومن النفي اثبات
محمول على الظاهر اذ هو في الظاهر كذلك دون الحقيقة لانه تحقق معنى
المعارضة وهي محالة على ما ذكرنا وجه احالته فيكون بيانا حقيقة نفيا
او اثباتا جمعا بين النقلين بقدر الامكان والله اعلم واما الكلام في المسلة
الثانية فوجه قول محمد وزفر رحمهما الله ان الاستثنا استخراج بعض ما
لولاه لدخل تحت نص المستثنى منه وذا لا يتحقق الا في الجنس ولهذا لو كان المستثنى
ثوبا لم يصح الاستثنا ووجه قول ابي حنيفة وابي يوسف ان الداخل تحت قوله

لفلان علي عشرة دراهم عشرة موصوفة بانها واجبة مطلقا مساه بالدراهم
فان لم يمكن تحقيق معنى المجانسة في اسم الدراهم امكن تحقيقها في الوجوب في
الذمة على الاطلاق لان الحنطة في احتمال الوجوب في الذمة على الاطلاق من جنس
الدراهم الا ترى انها تجب دينا موصوفا في الذمة حالا بالاستقراض والاستهلاك
كما تجب ثمنا وسلما حالا كالدراهم فاما الثوب فلا يحتمل الوجوب في الذمة على
الاطلاق بل سلما او ثمنا موجلا فاما لا يحتمله استقراضا واستهلاكا وثمنا حالا
غير موجل فامكن تحقيق معنى المجانسة بينهما في وصف الوجوب في الذمة
على الاطلاق ان لم يمكن في اسم الدراهم فامكن العمل بالاستثنا في تحقيق معناه
وهو البيان من وجه ولا مجانسة بين الثياب والدراهم لا في الاسم ولا في احتمال
الوجوب في الذمة على الاطلاق فانعدم معنى الاستثنا اصلا فهو الفرق والله اعلم
ولو اقر لانسان بدار واستثنى بناها لنفسه فالاستثنا باطل لان اسم الدار لا يتناول
البنا لغة بل وضع دلالة على العرصة في اللغة وانما البنا فيها بمنزلة الصفة
فلم يكن المستثنى من جنس المستثنى منه فلم يصح الاستثنا وتكون الدار مع البنا
للمقر له لانه ان لم يكن اسما عاما لكنه يتناول هذه الاجزا بطريق التضمن كمن
اقر لغيره بخاتم كان له الحلقة والفص لا لانه اسم عام بل هو اسم لمسمى واحد
وهو المركب من الحلقة والفص ولكنه يتناوله بطريق التضمن وكذا من اقر
بسيف لغيره كان له النصل والجفن والحمايل لما قلنا وكذا من اقر بحجلة كان له
العيدان والكسوة بخلاف ما اذا استثنى ربع الدار او ثلثها او بيتا منها انه
يصح الاستثنا لما بينا ان الدار اسم للعرصة وكان المستثنى منه فيصح ولو قال بنا
هذه الدار لي والعرصة لفلان صح لان اسم البنا لا يتناول العرصة اذ هو اسم
للبقعة والله اعلم هذا الذي ذكرنا حكم الاستثنا اذا ورد على الجملة الملفوظة
فاما اذا ورد الاستثنا على الاستثنا فالاصل فيه ان الاستثنا الداخل على
الاستثنا يكون استثنا من المستثنى لا من المستثنى منه لانه اقرب المذكور اليه
فينصرف الاستثنا اليه ويجعل الباقي منه مستثنى من الجملة الملفوظة وعلى
هذا اذا ورد الاستثنا على الاستثنا مرة بعد اخرى وان كثر فالاصل فيه ان
ينصرف كل استثنا الى ما يليه لكونه اقرب المذكور اليه فنبدا من الاستثنا
الاخير فنستثني الباقي مما يليه ثم ننظر الى الباقي هكذا الى الاستثنا الاول ثم ننظر
الى الباقي منه فنستثني ذلك من الجملة الملفوظة فما بقي منها فهو القدر المقر به
بيان هذه الجملة اذا قال لفلان علي عشرة دراهم الا ثلاثة دراهم الا درهما يكون

اقرارا

من جنس المستثنى صح

الثاني صح

اقرارا بثمانية دراهم لانا صرفنا الاستثنا الاخير الى ما يليه فبقي درهمان نستثنيهما من
العشرة فبقي ثمانية والاصل فيه قوله تعالى خبرا عن جماعة الملايكة قالوا انا
ارسلنا الى قوم مجرمين الا ال لوط انا لمنجوهم اجمعين الا امراته قدرنا انها لمن
الغابرين استثنى ال لوط من اهل القرية لا من المجرمين لانعدام تحقيق الاستثنا
من الجنس وال لوط لم يكونوا مجرمين ثم استثنى امراته من اله فبقيت في الغابرين
ولو قال لفلان علي عشرة دراهم الا خمسة الا ثلاثة دراهم الا درهما يكون اقرارا
بسبعة لانا جعلنا الدرهم مستثنى مما يليه وهو ثلاثة فبقي درهمان استثناهما
من خمسة فبقي ثلاثة استثناها من الجملة الملفوظة فبقي سبعة وكذلك
لو قال لفلان علي عشرة دراهم الا سبعة دراهم الا خمسة دراهم الا ثلاثة الا درهما
يكون اقرارا بستة لما ذكرنا من الاصل وهذا اصل لا يخطي في ايراد الاستثنا على الاستثنا وان
كثر هذا اذا كان الاستثنا متصلا بالجملة المذكورة فاما اذا كان منفصلا عنها بان قال
لفلان علي عشرة دراهم وسكت ثم قال الا درهما لا يصح الاستثنا عند عامة العلما
وعامة الصحابة رضي الله عنهم الا ما روي عن عبد الله بن عباس رضي الله عنهما انه يصح
وبه اخذ بعض الناس ووجهه ان الاستثنا بيان لما ذكر فيصح متصلا ومنفصلا
كبيان المجمل والتخصيص للعام عندنا ووجه قول العامة ان صيغة الاستثنا
اذا انفصلت عن الجملة الملفوظة لا يكون كلاما استثنا لغة لان العرب ما تكلمت به
اصلا ولو استعمله احد يضحك عليه كمن قال لفلان علي كذا ثم قال بعد شهر
ان شا الله لا بعد ذلك استثنا تعليقا بالمشية حتى لا يصح كذا هذا والرواية عن ابن عباس
رضي الله عنهما لا تكاد تصح بخلاف بيان المجمل والعام لانهم يتكلمون بذلك مستعملا
عندهم متصلا ومنفصلا على ما عرف في اصول الفقه والله اعلم وعلى هذا قال
ابو حنيفة فيمن قال لعبده انت حر وحر ان شا الله انه لا يصح الاستثنا لان تكرير
صيغة التحرير لغو فكان في معنى السكتة ولو قال لفلان علي كر حنطة وكر شعير الا
كر حنطة وقفيز شعير لا يصح استثنا كر الحنطة بالاتفاق ولا ينصرف كر الحنطة الى
جنسه فيكون استثنا الكل من الكل فلم يصح وهل يصح استثنا القفيز من الشعير
قال ابو حنيفة لا يصح لانه لما لم يصح استثنا كر الحنطة فقد لغا وكانه سكت ثم
استثنى قفيز شعير فلم يصح استثناوه اصلا والله اعلم واما الاستدراك فهو في
الاصل لا يخلو من احد وجهين اما ان يكون في القدر واما ان يكون في الصفة فان
كان في القدر فهو على ضربين اما ان يكون في الجنس واما ان يكون في خلاف الجنس
اما في الجنس فنحو ان يقول لفلان علي الف درهم لا بل الفان فعليه الفان استحسانا

درهم

م وقوله لا رجوع صح

والقياس ان يكون عليه ثلاثة الاف وجه القياس ان قوله لفلان علي الف درهم اقرار
بالف وقوله بل استدراك ورجوع والرجوع عن الاقرار في حقوق العباد غير صحيح
والاستدراك صحيح فاشبه الاستدراك في خلاف الجنس وكما اذا قال لامراته
انت طالق واحدة لا بل ثنتين انه يقع ثلاث تطليقات وجه الاستحسان
ان الاقرار اخبار والمخبر عنه مما يجري الغلط في قدره او وصفه عادة فتقع الحاجة
الى استدراك الغلط فيه فيقبل اذا لم يكن متهما فيه وهو غير متهم في الزيادة على
المقر به فيقبل منه بخلاف الاستدراك في خلاف الجنس لان الغلط في خلاف
الجنس لا يقع عادة فلا تقع الحاجة الى استدراكه وبخلاف مسئلة الطلاق لان
قوله انت طالق انشاء الطلاق لغة وشرعا والانشاء لا يحتمل الغلط حتى لو كان اخبارا
بان قال لها كنت طلقتك امس واحدة لا بل ثنتين لا يقع عليها الا طلاقان والله اعلم
وكذلك اذا قال لفلان علي كر حنطة لا بل كران ولو قال لفلان علي الف درهم لا بل
الف درهم فعليه الفان لانه متهم في النقصان فلا يصح استدراكه معناه ان مثل
هذا الغلط نادر فلا حاجة الى استدراكه لالتحاقه بالعدم واما في خلاف
الجنس ولو قال لفلان علي الف درهم لا بل مائة دينار او لفلان علي كر حنطة
لا بل كر شعير لزمه الكل لما بينا ان مثل هذا الغلط لا يقع الا نادرا والنادر ملحق
بالعدم هذا اذا وقع الاستدراك في قدر المقر به فاما اذا وقع في صفة المقر به

م سود لا بل بيض او صح

بان قال لفلان علي الف درهم بيض لا بل سود ينظر فيه الى ارفع الصفتين وعليه
ذلك لانه غير متهم في زيادة الصفة متهم في النقصان فكان مستدركا في الاول
راجعا في الثاني فيصح استدراكه ولا يصح رجوعه كما في الالف والالفين والله اعلم
هذا اذا رجع الاستدراك الى المقر به فاما اذا رجع الى المقر له بان قال هذه
الالف لفلان لا بل لفلان وادعاها كل واحد منهما تدفع الى المقر له الاول لانه
لما اقر بها للاول صح اقراره له فصار واجب الدفع اليه فقوله لا بل لفلان رجوع
عن الاقرار الاول فلا يصح رجوعه في حق الاول ويصح اقراره بها للثاني في حق
الثاني ثم ان دفعه الى الاول بغير قضا القاضي يضمن للثاني لان اقراره بها للثاني
في حق الثاني صحيح ان لم يصح في حق الاول واذا صح صار واجب الدفع اليه
فاذا دفعها الى الاول فقد اتلفها عليه فيضمن وان دفعها الى الاول بقضا
القاضي لا يضمن لانه لو ضمن لا يخلو اما ان يضمن بالدفع واما ان يضمن بالاقرار
لا سبيل الى الاول لانه مجبور في الدفع من جهة القاضي فيكون كالمكره ولا سبيل
الى الثاني لان الاقرار للغير بملك الغير لا يوجب الضمان ولو قال غصبت هذا

العبد

العبد من فلان لا بل من فلان يدفع الى الاول ويضمن للثاني سواء دفع الى الاول بقضا
او بغير قضا بخلاف المسئلة الاولى ووجه الفرق ان الغصب سبب لوجوب
الضمان فكان الاقرار به اقرارا بوجود سبب وجوب الضمان وهو رد العين عند
القدرة وقيمة العين عند العجز وقد عجز عن رد العين الى المقر له الثاني فلزمه
رد قيمته بخلاف المسئلة الاولى لان الاقرار بملك الغير للغير ليس بسبب لوجوب
الضمان لانعدام الاتلاف وانما التلف في تسليم مال الغير الى الغير باختياره على
وجه يعجز عن الوصول اليه فلا جرم اذا وجد يجب الضمان وكذلك لو
قال هذه الالف لفلان اخذتها من فلان او اقرضنيها فلان وادعاها كل واحد
منهما فهي للمقر له الاول ويضمن للذي اقر انه اخذه منه او اقرضه الفا مثله لان

م فكان الاقرار بها اقرارا بوجود سبب وجوب الضمان صح

الاخذ والقرض كل واحد منهما سبب لوجوب الضمان فيرد الالف القائمة الى
الاول لصحة اقراره بها له ويضمن للثاني الفا اخرى ضمانا للاخذ والقرض
ولو قال اودعني فلان هذه الالف لا بل فلان تدفع الى المقر له الاول لما بينا
ثم ان دفع اليه بغير قضا القاضي يضمن للثاني بالاجماع وان دفع بقضا القاضي
فعند ابي يوسف لا يضمن وعند محمد يضمن وجه قول محمد ان اقراره
بالايداع من الثاني صحيح في حق الثاني فوجب عليه الحفظ بموجب العقد وقد
فوته بالاقرار للاول بل استهلكه فكان مضمونا عليه وجه قول ابي يوسف
ان فوات الحفظ والهلاك حصل بالدفع الى الاول لا بالاقرار والدفع بقضا
القاضي لا يوجب الضمان لما بينا ولو قال دفع الي هذه الالف فلان وهي لفلان
وادعى كل واحد منهما انها له فهي للدافع لان اقراره بدفع فلان قد صح فصار
واجب الرد عليه وهذا يمنع صحة اقراره للثاني في حق الاول لكن يصح في حق
الثاني ولو قال هذه الالف لفلان دفعها الي فلان فهي للمقر له بالملك ولا
يكون للدافع شي فان ادعى الثاني ضمن له الفا اخرى لما بينا ان الاقرار بها للاول
يوجب الرد عليه وهذا يمنع صحة اقراره للثاني في حق الاول لكنه يصح في حق
الثاني ثم ان دفعه الى الاول بغير قضا القاضي يضمن وان دفعه بقضا القاضي
فكذلك عند محمد وعند ابي يوسف لا يضمن والحج من الجانبين على نحو ما ذكرنا
ولو قال هذه الالف لفلان ارسل بها الي فلان فانه يردها على الذي اقر انها
ملكه وهذا قياس قول ابي حنيفة وابي يوسف لما قلنا ولا يصح اقراره للثاني
عند ابي حنيفة فرق ابو حنيفة بين العين والدين بان قال لفلان علي الف درهم
قبضتها من فلان فادعاها كل واحد منهما ان عليه لكل واحد منهما الفا ووجه

الفرق له ان المقر به للاول هناك الف في الذمة فيلزمه ذلك باقراره له ولزمه
الف اخرى لفلان باقراره بقبضها منه اذ القبض سبب وجوب الضمان فلزمه
الفان وهاهنا المقر به عين مشار اليها فمتى صح اقراره بها للاول لم يصح للثاني
وذكر قول ابي يوسف في الاصل في موضعين احدهما ان لا ضمان عليه للثاني لانه قال
لانتهاء الرسالة بالوصول اليه ومن الاخر انه ان دفع بغير قضاء القاضي يضمن
فان قال الذي اقر له انها ملكه ليست الالف لي وادعاها الرسول فهي للرسول
لان اقراره للاول قد ارتد برده وقد اقر باليد للرسول فيؤمر بالرد اليه ولو
كان الذي اقر له انها ملكه غايبا فاراد الرسول ان ياخذها وادعاها لنفسه
لم ياخذها كذا روي عن ابي يوسف لان رسالته قد انتهت بالوصول الى المقر ولو
اقر خياط فقال هذا الثوب ارسله الي فلان لاقطعه قميصا وهو لفلان فهو
للذي ارسله اليه وليس للثاني شي لانه اقر باليد للمرسل قصدا وواجب الرد عليه
وهذا يمنع صحة اقراره بالملك للثاني كما اذا قال دفع الي هذه الالف فلان
وهي لفلان على ما بينا ولو قال الخياط هذا الثوب الذي في يدي لفلان ارسله
الي فلان وكل واحد منهما يدعيه فهو للذي اقر له اول مرة ولا يضمن للثاني
شيا في قياس قول ابي حنيفة رحمه الله وعند ابي يوسف ومحمد رحمهما الله يضمن بناء
على الاجير المشترك لا ضمان عليه فيما هلك في يده عنده فاشبه المودع وعندهما
عليه الضمان فاشبه الغاصب فصل واما القرينة المبينة على الاطلاق
فهي المعينة لبعض ما يحتمله اللفظ بان كان اللفظ يحتمل هذا وذاك قبل وجود
القرينة فاذا وجدت القرينة يتعين البعض مرادا باللفظ من غير تعيين اصلا ثم
ينظر ان كان اللفظ يحتملهما على السواء يصح بيانه متصلا كان او منفصلا وان
كان لاحدهما ضرب رجحان بان كان الافهام اليه اسبق عند الاطلاق ومن غير
قرينة فان كان منفصلا لا يصح وان كان متصلا يصح اذا لم يتضمن الرجوع وان
تضمن معنى الرجوع لا يصح الا بتصديق المقر له وهذا النوع من القرينة ايضا
يتنوع ثلاثة انواع نوع يدخل على اصل المقر به ونوع يدخل على وصف المقر به
ونوع يدخل على قدر المقر به اما الذي يدخل على اصل المقر به فهو ان يكون المقر به
مجهول الذات بان قال لفلان علي شي او حق يصح لان جهالة المقر به لا تمنع صحة
الاقرار لان الاقرار اخبار عن كاين وذلك قد يكون معلوما وقد يكون مجهولا بان
اتلف على اخر شيا ليس من ذوات الامثال فوجب عليه قيمته او جرح اخر جراحة
ليس لها في الشرع ارش مقدر فاقر بالقيمة والارش وكان الاقرار بالمجهول اخبارا عن

المخبر

م المقر صح

م ان صح

المخبر على ما هو به وهو حد الصدق بخلاف الشهادة لان جهالة المشهود به تمنع
القضا بالشهادة لتعذر القضا بالمجهول بخلاف الاقرار فيصح ويقال له بين لانه
المجمل وكان البيان عليه قال الله تعالى فاذا قراناه فاتبع قرانه ثم ان علينا
بيانه ويصح بيانه متصلا ومنفصلا لانه بيان محض فلا يشترط فيه الوصل
كبيان المجمل والمشترك لكن لا بد وان يبين شيا له قيمة لانه اقر بما في ذمته وما لا
قيمة له لا يثبت في الذمة ثم اذا بين شيا له قيمة فالامر لا يخلو من احد وجهين
اما ان صدقه في ذلك وادعى عليه زيادة واما ان كذبه وادعى عليه مالا اخر
فان صدقه فيما بين وادعى عليه زيادة اخذ ذلك القدر المبين واقام البينة
على الزيادة او احلفه عليها ان اراد لانه منكر للزيادة والقول قول المنكر مع
يمينه وان كذبه وادعى عليه مالا اخر اقام البينة على مال الاخر او احلفه
عليه وليس له ان ياخذ القدر المبين لانه ابطل اقراره له بالتكذيب وكذلك
اذا اقر انه غصب من فلان شيا ولم يبين يلزمه البيان لما قلنا ولكن لا بد
وان يبين شيا يتمانع في العادة ويقصد بالغصب لان ما لا يتمانع عادة ولا
يقصد غصبه نحو كف من تراب او غيره لا يطلق فيه اسم الغصب وهل
يشترط مع ذلك ان يكون مالا متقوما اختلف المشايخ فيه قال مشايخ العراق
لا يشترط وقال مشايخنا يشترط حتى انه لو بين انه غصب صبيا حرا او جلد
ميتة او خمر مسلم يصدق عند الاولين ولا يصدق عند الاخرين حتى
يبين شيا هو مال متقوم وجه قول مشايخ العراق ان الحكم الاصلي للغصب
وجوب رد المغصوب وهذا لا يقف على كون المغصوب مالا متقوما وجه
قول مشايخنا ان المغصوب مضمون على الغاصب وله ضمانان احدهما وجوب
رد العين عند القدرة والثاني وجوب قيمتها عند العجز وكان اقراره بغصب
شي اقرارا بغصب ما يحتمل موجبه وهو المال المتقوم ولو بين غصب العقار
ذكر القدوري انه يصدق وهذا على قول مشايخ العراق لان العقار وان لم
يكن مضمون القيمة بالغصب عند ابي حنيفة وابي يوسف فهو مضمون الرد بالاتفاق
وعند محمد هو مضمون القيمة ايضا فاما على قياس قول محمد يصدق فاما على
قياس قولهما لا يصدق لانه غير مضمون القيمة بالغصب عندهما والله اعلم وعلى
هذا اذا قال لفلان علي مال يصدق في القليل والكثير فيصح بيانه متصلا ومنفصلا
ولو قال لفلان علي الف ولم يبين فالبيان اليه فصل واما الذي يدخل على
وصف المقر به فهو ان يكون المقر به معلوم الاصل مجهول الوصف نحو ان يقول

صح

م قياس صح

ق

م على قياس قول مشايخنا صح

م لان المال اسم لما يتمول وذا يقع على القليل والكثير صح

غصبت من فلان عبدا او جارية او ثوبا او شيئا من العروض فيصدق في البيان
من جنس ذلك سليما كان او معيبا لان الغصب يرد على السليم والمعيب عادة
وقد بين الاصل واجمل الوصف فيرجع في بيان الوصف اليه فيصح متصلا
ومنفصلا ومتى صح بيانه يلزمه الرد ان قدر عليه وان عجز عنه تلزمه القيمة
لان المغصوب مضمون على هذا الوجه والقول قوله في مقدار قيمته مع يمينه
لانه منكر للزيادة والقول قول المنكر مع اليمين وكذلك لو اقر انه غصب من
فلان دارا ثم قال هي بالبصرة يصدق لانه اجمل المكان وكان القول في بيان المكان
اليه فيلزمه تسليم الدار اليه ان قدر عليه وان عجز عنه بان خربت او قال هي
هذه الدار التي في يدي زيد وزيد منكر فالقول قول المقر عند ابي حنيفة وابي
يوسف الاخر ولا يضمن وعند محمد يضمن قيمة الدار بناء على ان العقار غير
مضمون بالقيمة بالغصب عندهما خلافا له فاذا اقر بالف درهم وقال هي زيوف
او نبهرجة فهذا في الاصل لا يخلو من احد وجهين اما ان اقر بذلك مطلقا من
غير بيان الجهة واما ان بين الجهة فان اطلق بان قال لفلان علي الف درهم ولم
يذكر له جهة اجرى اصلا وقال هي زيوف او نبهرجة فان وصل يصدق
وان فصل لا يصدق لان اسم الدراهم اسم جنس يقع على الجياد والزيوف وكان
قوله زيوف بيانا للنوع الا انه يصح موصولا لا مفصولا لانها عند الاطلاق تنصرف
الى الجياد فكان فصل البيان رجوعا عما اقر به فلا يصح ولو قال لفلان عندي
الف درهم وقال هي زيوف او نبهرجة يصدق وصل ام فصل لان هذا اقرار
بالوديعة والوديعة مال محفوظ عند المودع وقد يكون ذلك جيدا وقد يكون
زيفا على حسب ما يودع فيقبل بيانه هذا اذا اطلق ولم يبين الجهة اما
اذا بين الجهة بان قال لفلان علي الف درهم [ثمن شيء] مبيع وقال هي زيوف او نبهرجة
فلا يصدق وان وصل وعليه الجياد اذا ادعى المقر له الجياد عند ابي حنيفة رحمه
الله وعند ابي يوسف ومحمد ان وصل يصدق وان فصل لا يصدق وجه
قولهما ما ذكرنا انفا ان اسم الدراهم يقع على الزيوف كما يقع على الجياد اذ هو اسم
جنس والزيافة عيب فيها واسم كل جنس يقع على السليم والمعيب من ذلك
الجنس لانه نوع من الجنس لكن عند الاطلاق ينصرف الى الجياد فيصح بيانه
موصولا لوقوعه تعيينا لبعض ما يحتمله اللفظ ولا يصح مفصولا لكونه رجوعا
عن الاقرار وجه قول ابي حنيفة ان قوله هي زيوف بعد النسبة الى ثمن المبيع
رجوع عن الاقرار فلا يصح بيانه ان البيع عقد مبادلة فيقتضي سلامة البدلين

لان كل واحد من العاقدين لا يرضى الا بالبدل السليم فكان اقراره بكون الدراهم ثمنا
اقرارا بصفة السلامة فاخباره عن الزيافة يكون رجوعا فلا يصح كما اذا قال
بعتك هذا العبد على انه معيب انه لا يصدق وان وصل كذا هذا ولو قال
لفلان علي الف درهم قرضا وقال هي زيوف فالجواب فيه كالجواب في البيع ان
وصل يصدق وان فصل لا يصدق بخلاف البيع وجه الرواية الاولى ان القرض
ان القرض في الحقيقة مبادلة المال بالمال كالبيع فكان في استدعاء صفة
السلامة كالبيع وجه الرواية الاخرى ان القرض يشبه الغصب لانه يتم بالقبض
كالغصب وبيان الزيافة مقبول في الغصب كذا في القرض ويشبه البيع لانه
تمليك مال بمال فلتشبهه بالغصب احتمل البيان في الجملة ولتشبهه بالبيع
شرطنا الوصل عملا بالشبهين بقدر الامكان ولو قال غصبت من فلان الف
درهم وهي زيوف او نبهرجة يصدق سواء وصل او فصل وروي عن ابي يوسف
انه لا يصدق اذا فصل والصحيح جواب ظاهر الرواية لان الغصب في الوجود
لا يستدعي صفة السلامة لانه كما يرد على السليم يرد على المعيب على حسب ما
يتفق وكان محتملا للبيان متصلا ومنفصلا لانعدام معنى الرجوع فيه
ولهذا لو كان المقر به غصب عبد بان قال غصبت من فلان عبدا ثم قال غصبته
وهو معيب يصدق وان فصل كذا هذا ولو قال اودعني فلان الف درهم وقال
هي زيوف يصدق بلا خلاف فصل او وصل لان الايداع استحفاظ المال
وكما يستحفظ السليم يستحفظ المعيب فكان الاخبار عن الزيافة بيانا محضا
فلا يشترط لصحته الوصل لانعدام تضمن معنى الرجوع وابو يوسف رحمه الله
على ما روي عنه فرق بين الوديعة وبين الغصب حيث صدقه في الوديعة
موصولا كان البيان او مفصولا ولم يصدقه في الغصب مفصولا ووجه الفرق له
ان ضمان الغصب ضمان مبادلة لان ذا المضمون يتملك عند اداء الضمان فاشبه
ضمان المبيع وهو الثمن وفي باب البيع لا يصدق اذا فصل عنده كذا في الغصب
فاما الواجب في باب الوديعة هو الحفظ والمعيب في احتمال الحفظ كالسليم فهو
الفرق والله اعلم هذا اذا اقر بالدراهم وقال هي زيوف او نبهرجة فاما
اذا اقر بها وقال هي ستوقة او رصاص ففي الوديعة والغصب يصدق ان وصل
وان فصل لا يصدق لان الستوق والرصاص ليسا من جنس الدراهم الا انه يسمى بها
مجازا وكان الاخبار عن ذلك بيانا مغيرا فيصح موصولا لا مفصولا كالاستثناء
واما في البيع اذا قال ابتعت بالف ستوقة او رصاص فلا يصدق عند ابي حنيفة

وصل ام فصل وهذا لا يشكل عنده لانه لو قال ابتعت بالف زيوف لا يصدق وصل ام
فصل فها هنا اولى وعند ابي يوسف يصدق ولكن يفسد البيع اما التصديق
فلان قوله ستوقة او رصاص خرج بيانا لوصف الثمن فيصح كما اذا قال الا انها بيض
او بالف سود واما فساد البيع فلان تسمية الستوقة في البيع يوجب فساده كتسمية
العروض وروي عن ابي يوسف فيمن قال لفلان علي الف درهم بيض زيوف او
وضح زيوفا انه يصدق اذا وصل ولو قال لفلان علي الف درهم جياد زيوف او
نقد بيت المال زيوف لا يصدق والفرق ظاهر لان البياض يحتمل الجودة والرداءة
اذ البيض قد تكون جيادا وقد تكون زيوفا فاحتمل البيان بخلاف قوله جياد
لان الجودة لا تحتمل الرداءة لتضاد بين الصفتين فلا يصدق اصلا وعلى هذا
اذا اقر بالف ثمن عبد اشتراه لم يقبضه فهذا لا يخلو من احد وجهين اما
ان ذكر عبدا معينا مشارا اليه بان قال ثمن هذا العبد واما ان ذكر عبدا من غير
تعيين بان قال لفلان علي الف درهم ثمن عبد اشتريته منه ولم اقبضه فان ذكر
عبدا بعينه فان صدقه في البيع يقال للمقر له ان شئت ان تاخذ الالف فسلم العبد
والا فلا شي لك لان المقر به ثمن المبيع وقد ثبت البيع بتصادقهما والبيع يقتضي
تسليما بازاء تسليم وان كذبه في البيع وقال ما بعت منك شيا والعبد عبدي
ولي عليك الف درهم بسبب اخر فالعبد للمقر له لانه يدعي عليه البيع وهو منكر
ولا شي على المقر من الثمن لان المقر به ثمن المبيع لا غيره ولم يثبت البيع وان ذكر
عبدا بغير عينه فعليه الالف عند ابي حنيفة رحمه الله ولا يصدق في عدم القبض
سوا وصل او فصل صدقه المقر له في البيع او كذبه وكان ابو يوسف رحمه الله
يقول اولا ان وصل يصدق وان فصل لا يصدق ثم رجع وقال يسال المقر له
عن الجهة فان صدقه لكن كذبه في القبض كان القول قول المقر سوا وصل
او فصل وان كذبه في البيع وادعى عليه الفا اخرى ان وصل يصدق وان
فصل لا يصدق وهو قول محمد وجه قوله الاول ان المقر به ثمن المبيع
والمبيع قد يكون مقبوضا وقد لا يكون الا ان الغالب هو القبض فكان قوله لم
اقبضه بيانا فيه معنى التغيير من حيث الظاهر فيصدق بشرط الوصل
كالاستثنا وجه قوله الاخير وهو قول محمد ان القبض بعد ثبوت الجهة
بتصادقهما يحتمل الوجود والعدم لان القبض لا يلزم في البيع فكان قوله لم اقبضه
تعيينا لبعض ما يحتمله كلامه فكان بيانا محضا فلا يشترط له الوصل كبيان المجمل
والمشترك واذا كذبه يشترط الوصل لانه لو اقتصر على قوله لفلان علي الف درهم

ولو قال المقر له لم ابعك هذا العبد وانما بعتك عبدا اخر فحكمه ان يتحالفا لانهما اختلفا في المبيع ويبرا عن الالف ولو قال العبد عبدك ما بعتكه وانما بعتك عبدا اخر وسلمته اليك لزمه الالف لانهما اتفقا على ما اقر به غير انهما اختلفا في سبب الاستحقاق فصار كما اذا اقر له بغصب الف درهم فقال المقر له هي قرض فانه يؤمر بالدفع اليه لما اتفقا على الاستحقاق زيلعي

م فيها صح

لوجب عليه التسليم للحال فاذا قال ثمن عبد لم اقبضه لا يجب عليه التسليم الا بتسليم
العبد فكان بيانا فيه معنى التغيير فلا يصح الا بشرط الوصل كالاستثنا وجه
قول ابي حنيفة رحمه الله ان قوله لم اقبضه رجوع عن الاقرار فلا يصح بيانه ان
قوله لفلان علي الف درهم اقرار بولاية المطالبة للمقر له بالالف ولا تثبت ولاية
المطالبة الا بقبض المبيع فكان الاقرار به اقرارا بقبض المبيع فقوله لم اقبض يكون
رجوعا عما اقر به فلا يصح ولو قال لفلان علي الف درهم من ثمن خمر او خنزير فعليه
الالف ولا يقبل تفسيره عند ابي حنيفة رحمه الله وعند ابي يوسف ومحمد رحمهما
الله لا يلزمه شي وجه قولهما ان المقر به ما لا يحتمل الوجوب في ذمة المسلم
انه ثمن خمر او خنزير وذمة المسلم لا تحتمله فلا يصح اقراره اصلا وجه قول
ابي حنيفة رحمه الله ان قوله لفلان علي الف اقرار بالف واجب في ذمته وقوله
ثمن خمر او خنزير ابطال لما اقر به لان ذمة المسلم لا تحتمل ثمن الخمر والخنزير فكان
رجوعا فلا يصح ولو قال اشتريت من فلان عبدا بالف درهم لكن لم اقبضه يصدق
وصل او فصل لان الشرا قد يتصل به القبض وقد لا يتصل فكان قوله لم اقبض
بيانا محضا فيصح متصلا ومنفصلا ولو قال اقرضني فلان الف درهم وقال لم اقبض
انما طلبت القرض فاقرضني ولم اقبض ان وصل يصدق وان فصل لا يصدق
وهذا استحسان والقياس ان يصدق وصل او فصل وجه القياس ان المقر به
هو القرض وهو اسم للعقد لا للقبض فلا يكون الاقرار به اقرارا بالقبض كما لا يكون
الاقرار بالبيع اقرارا بالقبض وجه الاستحسان ان تمام القرض بالقبض كما ان تمام الايجاب
بالقبول فكان الاقرار به اقرارا بالقبض ظاهرا لكن يحتمل الانفصال في الحكم فكان قوله
لم اقبض بيانا مغيرا فلا يصح الا بشرط الوصل كالاستثنا والاستدراك وكذلك
لو قال اعطيتني الف درهم او اودعتني او اسلفتني او اسلمت الي وقال لم اقبض لا
يصدق ان فصل وان وصل يصدق لان الاعطا والايداع والاسلاف يستدعي
القبض حقيقة خصوصا عند الاضافة فلا يصح منفصلا لكن يحتمل العدم في الجملة
فيصح متصلا ولو قال بعتني داري او اجرتني او اعرتني او وهبتني او تصدقت علي وقال
لم اقبض يصدق وصل ام فصل اما البيع والاعارة والاجارة فظاهر لان القبض
ليس بشرط لصحة هذه التصرفات فلا يكون الاقرار بها اقرارا بالقبض واما
الهبة والصدقة فلان الهبة والصدقة اسم للركن وهو التمليك وكذلك الصدقة
وانما القبض فيهما شرط الحكم ولهذا لو حلف لا يهب او لا يتصدق ففعل ولم يقبض الموهوب له
او المتصدق عليه حنث ولو قال نقدتني الف درهم او دفعت الي الف درهم وقال

م لا صح

لم اقبض ان فصل لا يصدق بالاجماع وان وصل لا يصدق عند ابي يوسف وعند محمد
يصدق وجه قول محمد ان النقد والدفع يقتضي القبض حقيقة بمنزلة الادا
والتسليم والاعطا والاسلام ويحتمل الانفصال في الجملة فيصح بشرط الوصل كما في
هذه الاشيا وجه قول ابي يوسف رحمه الله ان القبض من لوازم هذين الفعلين
اعني النقد والدفع خصوصا عند صريح الاضافة والاقرار باحد المتلازمين اقرار
بالاخر فقوله لم اقبض يكون رجوعا عما اقر به فلا يصح وعلى هذا اذا قال
لرجل اخذت منك الف درهم وديعة فهلكت عندي فقال الرجل لا بل اخذتها
غصبا لا يصدق فيها المقر والقول قول المقر له مع يمينه والمقر ضامن ولو قال
المقر له لا بل اقرضتك فالقول قول المقر مع يمينه ووجه الفرق ان اخذ
مال الغير سبب لوجوب الضمان في الاصل لقول النبي صلى الله عليه وسلم على اليد
ما اخذت حتى ترد فكان الاقرار بالاخذ اقرارا بسبب الوجوب فدعوى
الاذن يكون دعوى الابرا عن الضمان وصاحبه ينكر فكان القول قوله مع يمينه
بخلاف قوله اقرضتك لان اقراره بالقبض اقرار بالاخذ بالاذن فتصادقا على
ان الاخذ كان بالاذن والاخذ بالاذن لا يكون سببا لوجوب الضمان في الاصل
فكان دعوى الاقراض دعوى الاخذ بجهة الضمان فلا يصدق الا ببينة ولو قال
اودعتني الف درهم او دفعت الي الف درهم وديعة او اعطيتني الف درهم وديعة
فهلكت عندي فقال المقر له لا بل غصبتها مني كان القول قول المقر مع يمينه لانه
ما اقر بسبب وجوب الضمان اذ المقر به هو الايداع والاعطا وانهما ليسا
من اسباب الضمان ولو قال له اعرتني ثوبك او دابتك فهلكت عندي وقال
المقر له لا بل غصبتها مني نظر في ذلك قبل اللبس او الركوب فلا ضمان عليه لان
المقر به الاعارة وانها ليست بسبب لوجوب الضمان وان هلك بعد الركوب واللبس
فعليه الضمان لان لبس ثوب الغير وركوب دابة الغير سبب لوجوب الضمان
في الاصل فكان دعوى الاذن دعوى البراة عن الضمان فلا يثبت الا بحجة ولذلك
اذا قال دفعت الي الف درهم مضاربة فهلكت عندي فقال المقر له لا بل غصبتها
مني انه ان هلك قبل التصرف فلا ضمان عليه وان هلك بعده يضمن لما قلنا
في الاعارة ولو اقر بالف بالف درهم موجلة بان قال لفلان علي عشرة دراهم الى
شهر وقال المقر له لا بل هي حالة فالقول قول المقر له لان هذا اقرار على نفسه ودعوى
الاجل على الغير فاقراره مقبول ولا تقبل دعواه الا بحجة ويحلف المقر له على الاجل
لانه منكر للاجل والقول قول المنكر مع اليمين وهذا بخلاف ما اذا اقر وقال

البراءة صح

م انه هلك صح

كفلت

كفلت لفلان بعشرة دراهم الى شهر وقال المقر له لا بل كفلتها حالة ان القول قول
المقر عند ابي حنيفة ومحمد لان هناك الظاهر شاهد للمقر لان الكفالة تكون موجلة
عادة بخلاف الدين والله اعلم وعلى هذا اذا اقر انه اقتضى من فلان الف درهم
كانت له عليه وانكر المقر له ان يكون له عليه شي وقال هو مالي قبضته مني
فالقول قوله مع يمينه ويومر بالرد اليه لان الاقرار بالاقتضا اقرار بالقبض
والقبض سبب لوجوب الضمان في الاصل وكان الاقرار بالقبض اقرارا بوجود
سبب وجوب الضمان منه فهو بدعواه القبض بجهة الاقتضا يدعي براته عن
الضمان وصاحبه ينكر فيكون القول قوله مع يمينه وكذلك اذا اقر انه قبض منه
الف درهم كانت عنده وديعة فانكر المقر له فالقول قول المقر له لما قلنا ولو
قال اسكنت فلانا بيتي ثم اخرجته وادعى الساكن انه له فالقول قول المقر
عند ابي حنيفة وعند ابي يوسف ومحمد القول قول الساكن مع يمينه ولو
قال اعرته دابتي ثم اخذتها منه وقال صاحبه هي لي فهو على هذا الخلاف
وجه قولهما ان قوله اسكنته داري ثم اخرجته واعرته دابتي ثم اخذتها
اقرار منه باليد لهما ثم الاخذ منهما فيومر بالرد عليهما لقول النبي صلى الله عليه
وسلم على اليد ما اخذت حتى ترد ولهذا لو عايناه سكن الدار فزعم المقر انه
اعارها منه لم يقبل قوله فكذا اذا اقر وجه قول ابي حنيفة رحمه الله
ان المقر به ليس هو اليد المطلقة بل اليد بجهة الاعارة والسكنى وهذا لان
اليد لهما ما عرفت الا باقراره فبقيت على الوجه الذي اقر به ويرجع في بيان
كيفية اليد اليه ولو اقر فقال ان فلانا الخياط خاط قميصي بدرهم وقبضت
منه القميص وادعى الخياط انه له فهو على هذا الاختلاف الذي ذكرنا ولو
قال خاط لي هذا القميص ولم يقل قبضته منه لم يومر بالرد اليه بالاجماع لانه
اذا لم يقل قبضته منه لم يوجد منه الاقرار باليد للخياط لجواز انه خاطه
في بيته فلم يثبت يده عليه فلا يجبر على الرد هذا اذا لم يكن الدار والثوب
معروفا فان كان معروفا للمقر فالقول قوله بالاجماع لانه اذا لم معروفا له
كان قول صاحبه هو لي منه دعوى التملك فلا يسمع منه الا ببينة ولو اقر ان فلانا
ساكن في هذا البيت والبيت لي وادعى ذلك الرجل البيت فهو له وعلى المقر البينة
لان الاقرار بالسكنى اقرار باليد فصار صاحب يد فلا يثبت الملك للمدعي الا ببينة
ولو اقر ان فلانا زرع هذه الارض او بنى هذه الدار او غرس هذا الكرم وذلك في
يدي المقر وادعى المقر له انه له فالقول قول المقر لان الاقرار بالزرع والبنا

م بالقبض صح

ع

م يكن صح

م هو صح

والغرس لا يكون اقرارا باليد لجواز وجودها في الغير فلا يومر بالرد اليه والله اعلم
وعلى هذا ان من اعتق عبده ثم اقر المولى انه اخذ منه هذا الشي في حال الرق وهو
قايم بعينه وقال العبد لا بل اخذته بعد العتق فالقول قول العبد ويومر بالرد
اليه بالاجماع لان قول العبد يقتضي وجوب الرد وقول المولى لا ينفي الوجوب
بل يقتضيه لان الاخذ في الاصل سبب لوجوب ضمان الرد والاضافة الى حال الرق
لا تنفي الوجوب فان المولى اذا اخذ كسب عبده الماذون المديون يلزمه الرد اليه
ولو اقر بالاتلاف بان قال اتلفت عليك مالا وانت عبدي وقال العبد لا بل اتلفته
وانا حر فالقول قول العبد عند ابي حنيفة وابي يوسف وعند محمد القول قول
المولى وعلى هذا الاختلاف اذا قال المولى قطعت يدك قبل العتق وقال العبد لا بل
قطعتها بعد العتق ولو تنازعا في الضريبة فقال المولى اخذت منك ضريبة
كل شهر من كذا وهي ضريبة مثلك وقال لا بل كان بعد العتق فالقول قول المولى
بالاجماع وجه قول محمد وزفر ان المولى منكر وجوب الضمان فكان القول
قوله وهذا لانه اضاف الضمان الى حال الرق حيث قال اتلفت وهو رقيق والرق
ينافي الضمان اذ المولى لا يجب عليه لعبده ضمان وكان منكرا وجوب الضمان والعبد
بقوله اتلفت بعد العتق يدعي وجوب الضمان عليه وهو ينكر وكان القول
قوله ولهذا كان القول قوله في الغلة والوطي كذا هذا وجه قول ابي حنيفة وابي يوسف
ان اعتبار قول العبد يوجب الضمان على المولى لان اتلاف مال الحر يوجب الضمان واعتبار
قول المولى لا الوجوب لانه اقر بالاخذ والاخذ في الاصل سبب لوجوب الضمان
والاضافة الى حال الرق لا تنفي الوجوب فان اتلاف كسب العبد الماذون المديون
دينا مستغرقا للرقبة والكسب موجب للضمان فاذا وجد الموجب وانعدم
المانع بقي خبره واجب القبول بخلاف الوطي والغلة لان وطي الرقيقة لا يوجب
الضمان وكذلك اخذ ضريبة العبد وهي الغلة لا توجب الضمان على المولى فان المولى اذا
اخذ ضريبته وعليه دين مستغرق ليس للغرما حق الاسترداد على ما مر في كتاب
الماذون فكان المولى بقوله كان قبل العتق منكرا وجوب الضمان فكان القول
قوله معما ان الظاهر شاهد للمولى لان الاصل في الوطي ان لا يكون سببا
لوجوب الضمان لانه اتلاف منافع البضع والاصل في المنافع ان لا تكون مضمونة بالاتلاف
فيرجح خبر المولى بشهادة الاصل له فكان اولى بالقبول كما في الاخبار عن طهارة الماء
ونجاسته فاما الاصل في اخذ المال ان يكون سببا لوجوب الضمان فكان الظاهر
شاهدا للعبد وكذلك الغلة لانها بدل المنفعة والمنافع في الاصل غير مضمونة والله

اعلم وعلى هذا اذا استامن الحربي او صار ذمة فقال له رجل مسلم اخذت منك الف
درهم وانت حربي في دار الحرب فقال المقر له لا بل اخذته وانا مسلم او ذمي
في دار الاسلام والالف قايمة بعينها فالقول قول المقر له ويومر بالرد اليه بالاجماع
ولو قال اخذت منك الفا فاستهلكتها وانت حربي في دار الحرب او قطعت
يدك وقال المقر له لا بل فعلته وانا مسلم او ذمي في دار الاسلام فالقول قول
المقر له ويضمن له المقر ما قطع واتلف عند ابي حنيفة وابي يوسف رحمهما الله
وعند محمد وزفر رحمهما الله لا يضمن شيا وجه قول محمد وزفر ان المقر
منكر وجوب الضمان لاضافة الفعل الى حالة منافية للوجوب والقول قول
المنكر وجه قول ابي حنيفة وابي يوسف ان الظاهر شاهد للعبد اذ العصمة
اصل في النفوس والسقوط بعارض المسقط فالقول قول من يشهد له الاصل
وعلى هذا اذا قال لفلان علي الف درهم ولم يذكر الوزن يلزمه الف درهم وزنا
لا عددا لان الدراهم في الاصل موزونة الا اذا كان الاقرار في بلدة دراهمها
عددية فينصرف الى العدد المتعارف وكذلك اذا ذكر العدد بان قال
لفلان علي الف درهم عددا يلزمه الالف وزنا ويلغو ذكر العدد ويقع على ما
تعارفه اهل البلد من الوزن وهو في ديارنا وخراسان والعراق وزن
سبعة وهو الذي يكون كل عشرة منها سبعة مثاقيل فان كان الاقرار
في هذه البلاد يلزمه بهذا الوزن وان كان الاقرار في بلد يتعاملون فيه
بدراهم وزنها ينقص عن وزن سبعة مثاقيل يقع اقراره على ذلك الوزن
لانصراف مطلق الكلام الى المتعارف حتى لو ادعى وزنا اقل من وزن بلده لا يصدق
لانه يكون رجوعا ولو كان في البلد اوزان مختلفة يعتبر فيه الغالب كما في نقد
البلد فان استوت يحمل على اقل الاوزان لان الاقل متيقن به والزيادة مشكوك
فيها والوجوب في أول لم يكن فتي وقع في ثبوته فلا يثبت مع الشك ولو
سمى زيادة على وزن البلد او نقصانا منه بان قال لفلان علي الف درهم وزن
خمسة ان كان موصولا يقبل والا فلا لان اسم الدراهم يحتمله لكنه خلاف الظاهر
فاحتمل البيان موصولا ولا يصدق اذا فصل لانصراف الافهام عند الاطلاق الى وزن
البلد فكان الاخبار عن غيره رجوعا فلا يصح وكذلك اذا قال لفلان علي الف
درهم مثاقيل يلزمه ذلك لانه زاد على الوزن المعروف وهو غير متهم في الاقرار
على نفسه بالزيادة فيقبل منه ولو اقر وهو ببغداد فقال لفلان علي الف درهم طبرية
لكن بوزن سبعة لان قوله طبرية خرج وصفا للدراهم اي دراهم منسوبة الى

طبرستان فلا يوجب تغيير وزن البلد وكذلك اذا قال لفلان علي كر حنطة موصلية والمقر ببغداد يلزمه حنطة موصلية لكن بكيل بغداد لما قلنا ولو قال لفلان علي دينار شامي او كوفي فعليه ان يعطيه دينارا واحدا اي دينارا واحدا وزنه مثقال ولا يجوز ان يعطيه دينارين وزنهما جميعا مثقال بخلاف الدراهم انه اذا اعطاه بخلاف الدراهم انه اذا اعطاه درهمين صغيرين مكان درهم واحد كبير انه يجبر على القبول كذا ذكر في الكتاب وكان في عرفهم ان الدينار اذا كان ناقص الوزن يكون ناقص القيمة وكان نقصان الوزن فيه وضيعة لذلك اعتبر الوزن والعدد جميعا وفي الدراهم بخلافه فاما في عرف ديارنا فالعبرة للوزن فمتى اعطاه دينارا واحدا او دينارين يجبر على القبول بعد ان يكون وزنهما مثقالا وكذلك لو قال له لفلان علي قفيز حنطة فهو بقفيز البلد وكذلك الاوقار والامنان لما قلنا في الدراهم والله اعلم واما الذي يدخل على قدر المقر به فهو ان يكون المقر به مجهول القدر وانه في الاصل لا يخلو من احد وجهين اما ان يذكر عددا واحدا واما ان يجمع بين عددين فالاول نحو ان يقول لفلان علي دراهم او دنانير لا يصدق في اقل من ثلاثة لان الثلاثة اقل الجمع الصحيح فكان ثابتا بيقين وفي الزيادة عليها شك وحكم الاقرار لا يلزم بالشك ولو قال لفلان علي دريهم او دنينير يلزمه درهم تام ودينار كامل لان التصغير له قد يذكر لصغر الحجم وقد يذكر لاستحقار الدرهم واستقلال له وقد يذكر لنقصان الوزن فلا ينتقص عن الوزن بالشك وروي عن ابي يوسف فيمن قال لفلان علي شيء من دراهم او شيء من الدراهم ان عليه ثلاثة دراهم لانه اجمل الشيء وفسره بدراهم اي الشيء الذي هو دراهم كما في قوله تعالى فاجتنبوا الرجس من الاوثان اي الرجس التي هي اوثان والله اعلم ولو قال لفلان علي دراهم مضاعفة لا يصدق في اقل من ستة لان اقل الجمع الصحيح للدراهم ثلاثة واقل التضعيف مرة واحدة واذا اضعفنا ثلاثة مرة واحدة صار ستة والله اعلم ولو قال لفلان علي دراهم اضعافا مضاعفة لا يصدق في اقل من ثمانية عشر لما بينا ان الدراهم المضاعفة ستة واقل اضعاف الستة ثلاث مرات فذلك ثمانية عشر ولو قال لفلان علي عشرة دراهم واضعافها مضاعفة لا يصدق في اقل من ثمانين لانه ذكر عشرة دراهم وضعف عليها اضعافها مضاعفة واقل اضعاف العشرة ثلاثون فذلك اربعون واقل تضعيف الاربعين مرة فذلك ثمانون وروي عن محمد فيمن قال لفلان علي غير الف ان عليه الفين ولو قال له غير الفين عليه اربعة الاف لان غير من اسماء الاضافة فيقتضي مغايرة

لاستحالة

فصل صح

لاستحالة مغايرة الشيء نفسه فاقتضى الفا تغاير الالف الذي عليه وصار معناه لفلان علي غير الف اي غير هذا الالف الف اخر فكان اقرارا بالفين وكذا هذا الاعتبار في قوله غير الفين ويحتمل ان يكون قوله غير الف اي مثل الف لان المغايرة من لوازم المماثلة لاستحالة كون الشيء مماثلا لنفسه ولهذا قيل في حدها غيران ينوب كل واحد منهما مناب صاحبه ويسد مسده والملازمة بين شيئين طريق الكناية عن المماثلة بالمغايرة فاذا قال لفلان علي غير الف وكانه قال مثل الف ومثل الالف الف مثله فكان اقرارا بالفين وكذا هذا الاعتبار في قوله غير الفين ولو قال له علي زها الف او عظم الف او جل الف فعليه خمس ماية وشيء لان هذه عبارات عن اكثر هذا القدر في العرف وكذا اذا قال قريب من الف لان خمس ماية وشيئا اقرب الى الالف من خمس ماية ولو قال لفلان علي دراهم كثيرة لا يصدق في اقل من عشرة دراهم عند ابي حنيفة وعند ابي يوسف ومحمد لا يصدق في اقل من مايتين وجه قولهما ان المقر به دراهم كثيرة وما دون المايتين في حد القلة ولهذا لم يعتبر ما دونه نصاب الزكاة وجه قول ابي حنيفة انه جعل الكثرة صفة للدراهم واكثر ما يستعمل فيه اسم الدراهم العشرة الا ترى انه اذا زاد على العشرة يقال احد عشر درهما واثنى عشر درهما هكذا ولا يقال دراهم فكانت العشرة اكثر ما يستعمل فيه اسم الدراهم فلا تلزمه الزيادة عليها ولو قال لفلان علي مال عظيم او كثير لا يصدق في اقل من مايتي درهم في المشهور وروي عن ابي حنيفة ان عليه عشرة وجه ما روي عنه انه وصف المال بالعظم والعشرة لها عظم في الشرع الا ترى انه علق قطع اليد بها في باب السرقة وقدر بها بدل البضع وهو المهر في باب النكاح وجه القول المشهور ان العشرة لا تستعظم في العرف وانما يستعظم النصاب ولهذا استعظمه الشرع حيث علق وجوب المعظم وهو الزكاة به فكان هذا اقل ما استعظمه الشرع عرفا فلا يصدق في اقل من ذلك وقيل ان كان الرجل غنيا يقع على ما يستعظم عند الاغنياء وان كان فقيرا يقع على النصاب ولو قال له علي اموال عظام فعليه ستماية درهم لان عظام جمع عظيم واقل الجمع الصحيح ثلاثة وهذا على المشهور من الروايات واما على ما روي عن ابي حنيفة رحمه الله فيقع على ثلاثين درهما ولو قال غصبت من فلان ابلا كثيرة فهو على خمسة وعشرين لانه وصف بالكثرة ولا تكثر الا اذا بلغت نصابا تجب الزكاة فيها في جنسها واقل ذلك خمسة وعشرون ولو قال لفلان علي حنطة كثيرة فعند ابي حنيفة رحمه الله البيان اليه وعندهما لا يصدق في اقل من خمسة اوسق بناء على ان النصاب في باب العشر ليس بشرط عند ابي حنيفة وعندهما شرط ولو قال له علي ما بين

الف صح

فنعت الكناية صح

فيه صح

لفلان صح

ماية الى مايتين او من ماية الى مايتين فعليه ماية وتسعة وتسعون وكذلك اذا قال
لفلان على ما بين درهم الى عشرة او من درهم الى عشرة فعليه تسعة دراهم عند ابي حنيفة
وعندهما عليه عشرة وعند زفر عليه ثمانية ولو قال له ما بين هذين الحايطين لفلان
لم يدخل الحايطان في اقراره بالاجماع وكذلك لو وضع بين يديه عشرة مرتبة
فقال له ما بين هذا الدرهم الى هذا الدرهم واشار الى الدرهمين لفلان لم يدخل الدرهمان
تحت الاقرار بالاتفاق والاصل في هذا ان الغايتين لا يدخلان وعندهما يدخلان
وعند ابي حنيفة يدخل الاولى دون الاخرى وجه قول زفر رحمه الله ان المقر به ما
ضربت له الغاية لا الغاية فلا تدخل الغاية تحت ما ضربت له الغاية ولهذا لم تدخل
في باب البيع وجه قولهما انه لما جعلهما غايتين فلا بد من وجودهما ومن ضرورة
وجودهما لزومهما وجه قول ابي حنيفة الرجوع الى العرف والعادة فان من تكلم بمثل
هذا الكلام يريد به دخول الغاية الاولى دون الثانية الا ترى انه اذا قيل سن فلان
ما بين تسعين الى ماية لا يريد به دخول الثانية كذا هاهنا ولو قال لفلان علي ما بين
كر شعير الى كر حنطة فعليه كر شعير وكر حنطة الا قفيزا على قياس قول ابي حنيفة
رحمه الله وعندهما عليه كران ولو قال لفلان علي من درهم الى عشرة دنانير او من
دينار الى عشرة دراهم فعند ابي حنيفة رحمه الله عليه اربعة دنانير وخمسة دراهم
يجعل الغاية الاخيرة من افضلهما وعندهما عليه خمسة دراهم وخمسة دنانير
وعند زفر عليه من كل جنس اربعة ولو قال له علي من عشرة دراهم الى عشرة دنانير
عليه عشرة دراهم وتسعة دنانير عند ابي حنيفة رحمه الله وكذلك لو قال له علي من
عشرة دنانير الى عشرة دراهم قدم او اخر وعندهما عليه الكل وكذلك هذا
الاختلاف في الوصية والطلاق ولو قال لفلان علي خمسة دراهم في خمسة دراهم
ونوى الضرب والحساب فعليه خمسة وقال زفر عليه خمسة وعشرون
وجه قوله ان خمسة في خمسة على طريق الضرب والحساب خمسة وعشرون
فيلزمه ذلك ولنا ان الشي لا يتكثر في نفسه بالضرب وانما يتكثر باجزايه فخمسة
في خمسة له خمسة اجزا فيلزمه ذلك بالاقرار وان نوى به خمسة مع خمسة فعليه
عشرة لان في تحتمل مع لمناسبة بينهما في معنى الاتصال ولو اقر بتمر في قوصرة فعليه
التمر والقوصرة جميعا وكذلك اذا قال غصبت من فلان ثوبا في منديل يلزمه الثوب
والمنديل وهذا عندنا وقال الشافعي رحمه الله لا يلزمه الظرف ولو اقر بدابة في
اصطبل لا يلزمه الاصطبل بالاجماع وجه قول الشافعي ان الداخل تحت الاقرار التمر
والثوب لا القوصرة والمنديل لانما ذكرن ذلك ظرفا والاقرار بشي في ظرفه لا يكون اقرارا به

م عند ابي حنيفة وعند ابي يوسف ومحمد عليه مايتان وعند زفر عليه تسعة وتسعون صح

م عند زفر صح

وبظرفه

وبظرفه كالاقرار بدابة في اصطبل وبنخلة في البستان انه لا يكون اقرارا بالاصطبل
والبستان ولنا ان الاقرار بالتمر في قوصرة اقرار بوجود سبب وجوب الضمان
فيهما وكذلك الاقرار بغصب الثوب في منديل لان الثوب يغصب مع المنديل
للمعروف فيه عادة وكذلك التمر مع القوصرة واما غصب الدابة مع الاصطبل فغير
معتاد معما ان العقار لا يحتمل الغصب عند ابي حنيفة وابي يوسف وعند محمد
عليه ولو قال لفلان علي ثوب في ثوب فعليه ثوبان لما قلنا ولو قال ثوب في
عشرة اثواب فليس عليه الا ثوب واحد عند ابي يوسف وعند محمد عليه
احد عشر ثوبا وجه قول محمد انه جعل عشرة اثواب ظرفا للثوب واحد
وذلك يحتمل بان يكون في وسط العشرة فاشبه الاقرار بثوب في منديل او في
ثوب وجه قول ابي يوسف ان ما ذكره محمد رحمه الله ممكن لكنه غير معتاد
ومطلق الكلام للمعتاد هذا اذا ذكر عددا واحدا مجملا فان ذكر عددا واحدا
معلوما لكن اضافه الى صنفين بان قال لفلان علي مايتا مثقال ذهب وفضة او
كرا حنطة وشعير فله من كل واحد منهما النصف وكذلك لو سمى اجناسا ثلاثة
فعليه من كل واحد الثلث وكذلك لو تزوج على ذلك لانه ذكر عددا واحدا
واضافه الى معدودين من غير بيان حصة كل واحد منهما فيكون حصة كل واحد
منهما منه على السوا كما اذا اضافه الى شخصين بان اقر بماية درهم لرجلين فان لكل
واحد منهما النصف كذا هذا ولو قال استودعني عشرة اثواب هروية ومروية
كان من كل صنف النصف لان اعتبار المساواة هاهنا ممكن واما اذا جمع بين عددين
فلا يخلو اما ان جمع بين عددين مجملين واما ان اجمل احدهما وبين الاخر فان
جمع بين عددين مجملين بان قال لفلان علي كذا كذا درهما لا يصدق في اقل من
احد عشر درهما لانه جمع بين عددين مبهمين وجعلهما اسما واحدا من غير
حرف الجمع وذلك يحتمل احد عشر واثني عشر هكذا الى تسعة عشر الا ان اقل
عدد يعبر عنه بهذه الصيغة احد عشر فيحمل عليه لكونه متيقنا به ويلزمه
احد عشر درهما لانه فسر هذا العدد بالدراهم لا بغيرها ولو قال لفلان علي
كذا وكذا درهما لا يصدق في اقل من احد وعشرين درهما لانه جمع بين عددين
مبهمين بحرف الجمع وجعلهما اسما واحدا واقل ذلك احد وعشرون واما
اذا اجمل احدهما وبين الاخر فنحو ان يقول لفلان علي عشرة دراهم ونيف
فعليه عشرة والقول قوله في النيف من درهم او اكثر او اقل لانه عبارة عن مطلق
الزيادة ولو قال لفلان علي بضع وخمسون درهما لا يصدق في بيان البضع في اقل من

م ولو قال استودعني ثلاثة اثواب زطي ويهودي فالقول قول المقر ان شاء جعل زطيين ويهوديا لانه جعل الاثواب الثلاثة من جنس الزطي واليهودي فيكون زطي ويهودي مرادا بيقين فكان البيان في الاجزاء اليه لتعذر اعتبار المساواة فيه
صح

ثلاثة دراهم لان البضع في اللغة اسم لقطعة من العدد وفي عرف اللغة يستعمل في الثلاثة
الى التسع فيحمل على اقل المتعارف لانه متيقن به ولو قال لفلان على عشرة ودانق
او قيراط فالدانق والقيراط من الدرهم لانه عبارة عن جزء من الدرهم كانه قال لفلان
على عشرة وسدس ولو قال لفلان على مائة ودرهم فالمائة دراهم ولو قال مائة
ودينار فالمائة دنانير ويكون المعطوف عليه من جنس المعطوف وهذا استحسان
والقياس ان يلزمه درهم والقول قوله في المائة وجه القياس انه ابهم المائة وعطف
الدرهم عليها فيعتبر تصرفه على حسب ما اوقعه فيلزمه درهم والقول في المبهم
قوله وجه الاستحسان ان قوله لفلان علي مائة ودرهم اي مائة درهم ودرهم
هذا معنى هذا في عرف الناس الا انه حذف الدرهم طلبا للاختصار على ما عليه عادة
العرب من الاضمار والحذف في الكلام وكذلك لو قال لفلان على مائة وشاة فالمائة
من الشياه عليه في عرف الناس ولو قال لفلان علي مائة وثوب فعليه ثوب والقول
في المائة قوله لان مثل هذا لا يستعمل في بيان كون المعطوف عليه من جنس غير المعطوف
فبقيت المائة مجملة فكان البيان فيما اجمل عليه وكذلك اذا قال مائة وثوبان
ولو قال مائة وثلاثة اثواب فالكل ثياب لان قوله مائة وثلاثة كل واحد
منهما مجمل وقوله اثواب يصلح تفسيرا لهما فجعل تفسيرا لهما وكذلك روي عن
ابي يوسف فيمن قال لفلان على عشرة وعبد ان عليه عبدا والبيان في العشرة اليه م
والله اعلم ولو اقر لرجل بالف في مجلس ثم اقر له بالف اخرى ينظر في ذلك فان اقر له في
مجلس اخر فعليه الفان عند ابي حنيفة وعند ابي يوسف ومحمد عليه الف واحد
وهو احدى الروايتين عن ابي حنيفة ايضا وان اقر له في مجلس واحد فعندهما لا يشكل
ان عليه الفا واحدا واما عند ابي حنيفة ذكر الكرخي ان عليه الفين وذكر الطحاوي
ان عليه الفا واحدا وهو الصحيح وجه قول ابي يوسف ومحمد ان العادة جرت
بين الناس بتكرار الاقرار بمال واحد في مجلسين مختلفين لتكثير الشهود كما جرت
العادة بذلك في مجلس واحد لتفهم الشهود فلا يحمل على انشاء الاقرار مع الشك
وجه قول ابي حنيفة ان الالف المذكور م في الاقرار الاول لانه ذكر كل واحد من الالفين
منكرا والاصل ان النكرة اذا كررت يراد بالثاني غير الاول قال الله تعالى ان مع العسر
يسرا ان مع العسر يسرا حتى قال ابن عباس رضي الله عنهما لن يغلب عسر يسرين
الا انا تركنا هذا الاصل في المجلس الواحد للعادة فصل واما شرائط الركن فانواع
لكن بعضها يعم الاقارير وبعضها يخص البعض دون البعض اما الشرائط العامة فانواع
منها العقل فلا يصح اقرار المجنون والصبي الذي لا يعقل اما البلوغ فليس بشرط فيصح

م وكذلك اذا قال لفلان علي عشرة ووصيف ان عليه وصيفا والبيان في العشرة اليه صح

م في الاقرار الثاني غير الالف المذكور صح

كلها صح

اقرار الصبي العاقل بالدين والعين لان ذلك من ضرورات التجارة على ما ذكرنا في كتاب
الماذون الا انه لا يصح اقرار المحجور لانه من التصرفات الضارة المحضة من حيث
الظاهر والقبول من الماذون للضرورة ولم توجد واما الحرية فليست بشرط
لصحة الاقرار فيصح اقرار العبد الماذون بالدين والعين لما بينا في كتاب الماذون
وكذا بالحدود والقصاص وكذا العبد المحجور يصح اقراره بالدين لكن لا ينفذ على المولى
للحال حتى لا يباع رقبته بالدين بخلاف الماذون لان اقرار الماذون بالدين انما صح
لكونه من ضرورات التجارة على ما ذكرنا في كتاب الماذون والمحجور لا يملك التجارة
فلا يملك ما هو من ضروراتها الا انه يصح اقراره في حق نفسه حتى يؤاخذ به بعد
الحرية لانه من اهل الاقرار لوجود العقل والبلوغ الا انه امتنع النفاذ على المولى
للحال لحقه فاذا عتق فقد زال المانع فيؤاخذ به ولذا يصح اقراره بالحدود والقصاص
وكذا الصحة ليست بشرط لصحة الاقرار والمرض ليس بمانع حتى يصح اقرار
المريض في الجملة لان صحة اقرار الصحيح لرجحان جانب الصدق على جانب الكذب
وحال المريض ادل على الصدق فكان اقراره اولى بالقبول على ما نذكره ط ان شاء الله
تعالى وكذلك الاسلام ليس بشرط لصحة الاقرار لانه في الاقرار على نفسه غير متهم
ومنها ان لا يكون متهما في اقراره لان التهمة تخل برجحان جانب الصدق على
جانب الكذب في اقراره لان اقرار الانسان على نفسه شهادة قال الله تعالى يا ايها
الذين امنوا كونوا قوامين بالقسط شهداء لله ولو على انفسكم والشهادة على نفسه
اقرار دل ان الاقرار شهادة وانها ترد بالتهمة وفروع هذه المسائل م تاتي في
خلال المسائل ان شاء الله تعالى ومنها الطوع حتى لا يصح اقرار المكره لما
ذكرنا في كتاب الاكراه ومنها ان يكون المقر معلوما حتى لو قال رجلان لفلان
على احدنا الف درهم لا يصح لانه اذا لم يكن معلوما لا يتمكن المقر له من المطالبة
فلا يكون في هذا الاقرار فائدة فلا يصح وكذلك اذا قال احدهما غصب واحد منا
وكذلك اذا قال واحد منا زنا او سرق او شرب او قذف لان من عليه الحد
غير معلوم فلا يمكن اقامة الحد واما ما يخص بعض الاقارير دون بعض فمعرفته
مبنية على معرفة انواع المقر به فنقول وبالله التوفيق ان المقر به في الاصل
نوعان احدهما حق الله تعالى والثاني حق العبد اما حق الله تعالى فنوعان ايضا
احدهما ان يكون خالصا لله تعالى وهو حد الزنا والسرقة والشرب والثاني
ان يكون للعبد فيه حق وهو حد القذف ولصحة الاقرار بها شرائط تذكر في كتاب
الحدود ان شاء الله تعالى فصل واما حق العبد فهو المال من العين والدين والنسب

فيؤاخذ به للحال لان نفسه في حق الحدود والقصاص كالخارج عن ملك المولى ولهذا لو اقر المولى عليه بالحدود والقصاص لا يصح صح

ط في موضعه صح

م تاتي صح

والقصاص والطلاق والعتاق ونحوها ولا يشترط لصحة الاقرار بها ما يشترط
لصحة الاقرار بحقوق الله تعالى وهي ما ذكرنا من العدد ومجلس القضا والعبارة حتى
ان الاخرس اذا كتب الاقرار بيده او اومى بما يعرف انه اقرار بهذه الاشيا يجوز بخلاف
الذي اعتقل لسانه لان للاخرس اشارة معهودة فاذا اتى بها يحصل العلم بالمشار اليه
وليس ذلك لمن اعتقل لسانه ولان اقامة الاشارة مقام العبارة امر ضروري والخرس
ضرورة لانه اصلي فاما اعتقال اللسان فليس من باب الضرورة لكونه على شرف
الزوال بخلاف الحدود لانه لا يجعل ذلك اقرارا بالحدود لما بينا ان مبنى الحدود على
صريح البيان بخلاف القصاص فانه غير مبني على صريح البيان فانه اذا اقر
مطلقا عن صفة التعمد بذكر الة دالة عليه وهي السيف ونحوه يستوفى منه
القصاص وكذا لا يشترط لصحة الاقرار بها الصحو حتى يصح اقرار السكران لانه
لا يصدق في حق المقر له انه غير صاح او لانه يترك عقله قايما في حق هذه التصرفات
فيلحق فيها بالصاحي مع زوال حقيقة عقوبة عليه وحقوق العباد تثبت مع الشبهات
بخلاف حقوق الله تعالى لكن الشرايط المختصة بالاقرار بحقوق العباد نوعان
نوع يرجع الى المقر له ونوع يرجع الى المقر به اما الذي يرجع الى المقر له فنوع واحد
وهو ان يكون معلوما موجودا الا ان وحملا حتى لو كان مجهولا بان قال لواحد من الناس
او لزيد على الف درهم لا يصح لانه لا يملك احد مطالبته فلا يفيد الاقرار حتى لو عين
واحدا بان قال عنيت به فلانا يصح ولو قال لحمل فلانة على الف درهم فان بين
جهة يصح وجوب الحق للحمل من تلك الجهة بان قال المقر اوصى بها فلان له او مات
ابوه فورثه صح الاقرار لان الحق يجب له من هذه الجهة فكان صادقا في اقراره فيصح
وان اجمل الاقرار لا يصح عند ابي يوسف وعند محمد يصح وجه قول محمد ان اقرار
العاقل يجب حمله على الصحة ما امكن وامكن حمل اقراره على جهة مصححة له وهي ما
ذكرنا فوجب حمله عليه وجه قول ابي يوسف ان الاقرار المبهم له جهة الصحة وجهة
الفساد لانه ان كان يصح بالحمل على الوصية والارث يفسد بالحمل على البيع والغصب
والقرض فلا يصح مع الشك مع ان الحمل في نفسه يحتمل الوجود والعدم والشك من
وجه واحد يمنع صحة الاقرار فمن وجهين اولى والله اعلم هذا اذا اقر للحمل اما
اذا اقر بالحمل بان اقر بحمل جارية او بحمل شاة لرجل صح ايضا لان حمل الجارية والشاة
مما يحتمل الوجوب في الذمة بان اوصى له بذلك مالك الجارية والشاة فاقر به والله اعلم
واما الذي يرجع الى المقر به اما الاقرار بالعين والدين فشرط صحته الفراغ عن تعلق
حق الغير فان كان مشغولا بحق الغير لم يصح لان حق الغير معصوم محترم فلا يجوز ابطاله

من

من غير رضاه فلا بد من معرفة وقت التعلق ومعرفة محل التعلق اما وقت التعلق فهو
وقت مرض الموت فما دام المديون صحيحا فالدين في ذمته فاذا مرض مرض الموت
يتعلق بتركته اي يتعين فيها ويتحول من الذمة اليها الا انه لا يعرف كون المرض
مرض الموت الا بالموت فاذا اتصل به الموت تبين ان المرض كان مرض الموت من
وقت وجوده فتبين ان التعلق ثبت من ذلك الوقت وبيان ذلك في بيان حكم
اقرار المريض والصحيح وما يفترقان فيه وما يتصل به وما يستويان فيه فنقول
وبالله التوفيق اقرار المريض في الاصل نوعان اقراره بالدين لغيره واقراره باستيفا
الدين من غيره فاما اقراره بالدين لغيره فلا يخلو من احد وجهين اما ان اقر به لاجنبي
او لوارث فان اقر به لوارث لا يصح الا باجازة الباقين عندنا وعند الشافعي رحمه الله
يصح وجه قول الشافعي ان جهة الصحة للاقرار هي رجحان جانب الصدق على
جانب الكذب وهذا في الوارث مثل ما في الاجنبي ثم يقبل اقرار الاجنبي كذا الوارث
ولنا ما روي عن عمر وابنه عبد الله رضي الله عنهما انهما قالا اذا اقر المريض لوارثه
لم يجز واذا اقر لاجنبي جاز ولم يرو عن غيرهما خلاف ذلك فيكون اجماعا
ولانه متهم في هذا الاقرار لجواز انه اثر بعض الورثة على البعض بميل الطبع
او لقضا حق يوجب البعث على الاحسان وهو لا يملك ذلك بطريق التبرع والوصية
فاراد تنفيذ غرضه بصورة الاقرار من غير ان يكون للوارث عليه دين فكان
متهما في اقراره فيرد ولانه لما مرض مرض الموت فقد تعلق حق الورثة بماله
ولهذا لا يملك ان يتبرع عليه بشي من الثلث مع انه خالص ملكه لا حق لاجنبي فيه
وكان اقراره للبعض ابطال الحق الباقين فلا يصح في حقهم ولان الوصية لم تجز لوارث
فالاقرار اولى لانه لو جاز الاقرار لا ينفع بطلان الوصية لانه يميل الى الاقرار اختيار
للايثار بل هو من الوصية لانه لا يذهب بالوصية الا الثلث وبالاقرار يذهب
جميع المال فكان ابطال الاقرار ابطال الوصية بالطريق الاولى ويصح اقرار
الصحيح لوارثه لان ما ذكرنا من الموانع منعدم في اقراره هذا اذا اقر لوارث
فان اقر لاجنبي فان لم يكن عليه دين ظاهر معلوم في حال الصحة يصح اقراره
من جميع التركة استحسانا والقياس ان لا يصح الا في الثلث وجه القياس ان حق
الورثة بما زاد على الثلث متعلق ولهذا لم يملك التبرع بما زاد على الثلث لكنا تركنا
القياس بالاثر وهو ما روي عن ابن عمر رضي الله عنهما انه قال اذا اقر المريض بدين
لاجنبي جاز ذلك من جميع تركته ولم يعرف له فيه من الصحابة مخالف فيكون اجماعا
ولانه في اقراره لاجنبي غير متهم فيصح ويصح اقرار الصحيح للاجنبي من جميع المال

لانعدام تعلق حق الورثة بماله في حالة الصحة بل الدين في الذمة وانما يتعلق بالتركة حالة
المرض وكذا لو اقر الصحيح بديون لاناس كثيرة متفرقة بان اقر بدين ثم بدين
جاز كله عليه لان حالة الصحة حالة الاطلاق لوجود الموجب للاطلاق وانما
الامتناع لعارض تعلق حق الورثة او للتهمة وكل ذلك ههنا منعدم ويستوي
فيه المتقدم والمتاخر لحصول الكل في حالة الاطلاق ولو اقر المريض بديون
لاناس متفرقة فاقر بدين ثم بدين جاز كله ويستوي فيه المتقدم والمتاخر
لاستواء الكل في التعلق لاستوائهما في زمان التعلق وهو زمان المرض اذ زمان المرض
مع امتداده بتجدد امثاله حقيقة بمنزلة زمان واحد في الحكم فلا يتصور فيه
التقدم والتاخر ولو اقر وهو مريض بدين ثم بعين بان اقر بان هذا الشي الذي
في يدي وديعة لفلان فهما دينان ولا تقدم الوديعة لان اقراره بالدين قد صح
فاوجب تعلق حق الغرماء بالعين لكونها مملوكة له من حيث الظاهر فالاقرار بالوديعة
لا يبطل التعلق لان حق الغير يصان عن الابطال ما امكن وامكن ان يجعل ذلك
اقرارا بالدين لاقراره باستهلاك الوديعة فيتقدم الاقرار بالدين عليه واذا صار
مقرا باستهلاك الوديعة يكون اقرارا بالدين لذلك كانا دينين ولو اقر بالوديعة
اولا ثم اقر بالدين فالاقرار بالوديعة اولى لان الاقرار بالوديعة لما صح خرجت
الوديعة من ان تكون محلا للتعلق بخروجها عن ملكه فلا يثبت التعلق بالاقرار لان
حق غريم المرض متعلق بالتركة لا بغيرها ولم يوجد ولذلك لو اقر المريض بمال
في يده انه بضاعة او مضاربة فحكمه وحكم الوديعة سواء والله اعلم
هذا اذا اقر المريض بالدين وليس عليه دين ظاهر معلوم في حال الصحة بغير
اقراره فاما اذا كان عليه دين ظاهر معلوم بغير اقراره ثم اقر بدين اخر نظير
في ذلك فان لم يكن المقر به ظاهرا معلوما بغير اقراره تقدم الديون الظاهرة
لغرماء الصحة في القضاء فيقضى ديونهم اولا من التركة فما فضل يصرف الى غرماء المرض
الصحة وهذا عندنا وعند الشافعي هما مستويان وجه قوله ان غريم المرض
مع غريم الصحة استويا في سبب الاستحقاق وهذا لان الاقرار انما كان سببا
لظهور الحق لرجحان جانب الصدق على جانب الكذب وحالة المرض ادل على
الصدق لانها حالة يتدارك الانسان فيها ما فرط في حالة الصحة فكان الصدق
فيها اغلب فكان اولى بالقبول ولنا ان شرط صحة الاقرار في حق غريم الصحة
لم يوجد فلا يصح في حقه ودليل ذلك ان الشرط فراغ المال عن تعلق حق الغير به
لما بينا ولم يوجد لان حق غريم الصحة متعلق بماله من اول المرض بدليل انه لو تبرع

م فالاقرار باستهلاك الوديعة صح

بشي

بشي من ماله لا ينفذ تبرعه تعلق حق الغير به لنفذ لانه حينئذ كان التبرع تصرفا من
الاهل في محل هو خالص ملكه وحكم الشرع في مثله النفاذ فدل عدم النفاذ على تعلق
النفاذ واذا ثبت التعلق فقد انعدم الفراغ الذي هو شرط صحة الاقرار في حق غريم
الصحة فلا يصح في حقه ولانه اذا لم يعلم وجوبه بسبب ظاهر معلوم سوى اقراره
كان متهما في هذا الاقرار في حق غرماء الصحة لجواز ان يكون له ضرب عناية في حق
شخص يميل طبعه الى الاحسان اليه او بينهما حقوق تبعثه على المعروف والصلة
في حقه ولا يملك ذلك بطريق التبرع فيريد تحصيل مراده بصورة الاقرار فكان
متهما في حق اصحاب الديون الظاهرة لانه اظهر الاقرار من غير ان يكون عليه دين
فيرد اقراره بالتهمة وكذلك اذا كان عليه دين الصحة فاقر بعبد في يده انه لفلان
لا يصح اقراره في حق غرماء الصحة وكانوا احق بالعبد من الذي اقر له لانه لما مرض
مرض الموت فقد تعلق حق الغرماء بالعبد لما بينا فكان الاقرار بالعبد لفلان ابطالا
لحقهم فلا يصح اقراره في حقهم هذا الذي ذكرنا اذا لم يكن الدين المقر به ظاهرا معلوما
بغير اقراره فاما اذا كان بان كان بدلا عن مال ملكه كبدل القرض وثمن المبيع او
بدلا عن مال استهلكه فهو بمنزلة دين الصحة ويتقدمان جميعا على دين المرض
لانه اذا كان ظاهرا معلوما بسبب معلوم لم يحتمل الرد فيظهر وجوبه باقراره
وتعلقه بالتركة من اول المرض وكذا اذا كان ظاهرا معلوما بسبب معلوم
لا تهمة في اقراره والله اعلم وكذلك اذا تزوج امراة في مرضه بالف درهم ومهر
مثلها الف درهم جاز ذلك على غرماء الصحة والمراة تحاصصهم بمهرها لانه لما
جاز النكاح فلم يكن وجوبه محتملا للرد فيتعلق بماله ضرورة تحققه اذ النكاح
اذا لم يجز بدون وجوب المهر والنكاح من الحوائج الاصلية للانسان فكذا وجوب
المهر الذي هو من لوازمه شرعا والمريض غير محجور عن صرف ماله الى حوائجه
الاصلية كثمن الاغذية والادوية وان كان عليه دين الصحة وللصحيح ان يوثر
بعض الغرماء حتى انه لو قضى دين احدهم لا يشاركه فيه الباقون لما بينا ان الدين
في حالة الصحة لم يتعلق بالمال بل هو في الذمة فلا يكون في ايثار البعض ابطال
حق الباقين الا ان يقر لرجلين بدين واحد فما قبض احدهما منه شيئا كان لصاحبه
ان يشاركه فيه لانه قضى دينا مشتركا فكان المقبوض على الشركة وليس للمريض
ان يوثر بعض غرمائه على بعض سواء كان غرماء الصحة او غرماء المرض حتى انه لو
قضى دين احدهم شاركه الباقون في المقبوض لان المرض اوجب تعلق الحق بالتركة
وحقوقهم في التعلق على السواء وكان في ايثار البعض ابطال حق الباقين الا ان يكون ذلك

م ولولا صح

م ولا يجوز الا بوجوب المهر
كان وجوبه ظاهرا معلوما
لظهور سبب وجوبه
وهو النكاح صح

م على بعض صح

بدل قرض او ثمن مبيع بان استقرض في مرضه او اشترى شيا بمثل قيمته وكان ذلك
ظاهرا معلوما فله ان يقضي القرض وينقد الثمن ولا يشاركه الغرما في المقبوض
والمنقود لان الايثار في هذه الصورة ليس ابطالا لحق الباقين لان حقوقهم متعلقه
بمعنى التركة لا بصورتها والتركة قايمة من حيث المعنى لقيام بدلها لان بدل
الشي يقوم مقامه كانه هو فلم يكن ذلك ابطالا معنى ولو تزوج امراة او
استاجر اجيرا فنقدهما المهر والاجرة لا يسلم لهما المنقود بل الغرما يتبعونهما
ويخاصمونهما بديونهم وكانوا اسوة الغرما لان التسليم اعني جعل المنقود سالما
لهما ابطال لحق الغرما صورة ومعنى لان المهر بدل عن ملك النكاح وملك النكاح
لا يحتمل تعلق حق الغرما به وكذلك الاجرة بدل عن المنفعة المستوفاة وهي مما لا
يحتمل تعلق الحق به لذلك لزم الاستوا في القسمة والله اعلم وعلى هذا الاصل يخرج
تقديم الدين على الوصية والميراث لان الميراث حق وضع في المال الفارغ عن
حاجة الميت فاذا مات وعليه دين مستغرق للتركة فالتركة مشغولة بحاجته
فلم يوجد شرط جريان الارث فيه وقال الله تعالى من بعد وصية يوصي بها
او دين فقد قدم الدين على الميراث وسواء كان دين الصحة او دين المرض
لان الدليل لا يوجب الفصل بينهما وهو ما بينا واذا اجتمعت الديون فالغرما يقتسمون
التركة على قدر ديونهم بالحصص ولو توى شي من التركة قبل القسمة اقتسموا
الباقي بينهم بالحصص ويجعل التاوي كانه لم يكن اصلا لان حق كل واحد منهم
تعلق بكل جزء من التركة فكان الباقي بينهم على قدر ديونهم **فصل**
واما بيان محل تعلق الحق فمحل تعلق الحق هو المال لان الدين يقضى من المال لا
من غيره فيتعلق حق الغرما بكل متروك هو مال من العين والدين ودية المديون
وارش الجنايات الواجبة له بالجناية عليه خطا او عمدا لان كل ذلك مال ولا يتعلق
بالقصاص في النفس وما دونها حتى لا يصح عفوهم لانه ليس بمال ولو عفى بعض
الورثة عن القصاص حتى انقلب نصيب الباقين مالا يتعلق حق الغرما به وتقضى
منه ديونهم لانه بدل نفس المقتول فكان حقه فتصرف الى ديونه كسائر
امواله المتروكة وكذلك المديون اذا كانت امراة يتعلق حق الغرما بمهرها
ويقسم بينهم بالحصص لان المهر مال والله اعلم وما عرف من احكام الاقارير
وتفاصيلها في الصحة والمرض في اقرار الحر فهو الحكم في اقرار العبد الماذون
لانه يملك الاقرار بالدين والعين لكونه من ضرورات التجارة على ما بينا في كتاب
الماذون فكان هو في حكم الاقرار والحر سوا ولو تصرف الماذون في مرضه جازت

محاباته

محاباته من جميع المال ومحاباة الحر المريض لا تجوز الا من الثلث ووجه الفرق ان
انحجار الحر عن المحاباة لتعلق حق الورثة والعبد لا وارث له وحكم تصرفه يقع
لمولاه فاشبه الوكيل بالبيع اذا باع في مرض موته وحابا انه تجوز محاباته من
جميع المال كذا هذا ولو كان على العبد دين وفي يده وفا بالدين اخذ الغرما
ديونهم وجازت المحاباة فيما بقي من المال وان كان الدين محيطا بما في يده يقال
للمشتري ان شئت فاد جميع المحاباة او اردد المبيع كالحر المريض اذا حابى وعليه
دين والله اعلم **فصل** واما اقرار المريض باستيفا دين وجب له على
غيره فلا يخلو من احد وجهين اما ان اقر باستيفا دين وجب له على وارث
واما ان اقر باستيفا دين وجب له على اجنبي فاما ان اقر باستيفا دين وجب له
في حالة الصحة واما ان اقر باستيفا دين وجب له في حالة المرض فان اقر باستيفا
دين وجب له في حالة الصحة يصح ويصدق في اقراره بالاستيفا حتى يبرا الغريم
عن الدين سوا كان الدين الواجب في حالة الصحة بدلا عما ليس بمال كالخوارش جناية
او بدل صلح عن عمد او كان بدلا عما هو مال نحو بدل قرض او ثمن مبيع وسوا
لم يكن عليه دين الصحة او كان عليه دين الصحة اما اذا وجب بدلا عما هو مال
فلان المريض بهذا الاقرار لم يبطل حق الغرما لان المديون استحق البراءة عن الدين
بالاقرار باستيفا الدين حالة الصحة كما استحقها بايفا الدين بالتخلية بين
المال وبين صاحب الدين والعارض هو المرض واثره في حجر المريض عما كان له
لا في حجره عما كان حقا مستحقا عليه كالعبد الماذون اذا اقر بعد الحجر باستيفا
دين ثبت له في حالة الاذن انه يصح اقراره لما قلنا كذا هذا بل اولى لان حجر
العبد اقوى لانه يصير محجورا عن البيع والشرا ثم اثر الحجر هناك ظهر فيما له لا فيما
عليه فههنا اولى واما اذا وجب بدلا عما ليس بمال فلان بالمرض لم يتعلق حق
الغرما بالمبدل وهو النفس لانه ليس بمال فلا يتعلق بالبدل واذا لم يتعلق به
حقهم به فلا يكون الاقرار باستيفا الدين ابطالا لحق الغرما فيصح ويبرا الغريم
ولذلك اذا اقر المولى باستيفا بدل الكتابة الواقعة في حالة الصحة يصدق
ويبرا المكاتب لما قلنا هذا اذا اقر باستيفا دين وجب له في حالة الصحة
فاما اذا اقر باستيفا دين وجب له في حالة المرض فان وجب بدلا عما هو
مال لم يصح اقراره ولا يصدق في حق غرما الصحة ويجعل ذلك منه اقرارا
بالدين لانه لما مرض فقد تعلق حق الغرما بالمبدل لانه مال فكان البيع والقرض
ابطالا لحقهم عن المبدل الا ان يصل البدل اليهم فيكون ابطالا معنى لقيام البدل مقامه

والاصح

فان اقر باستيفا دين وجب له على اجنبي صح

والمريض لا يصير محجورا عن البيع والشرا صح

ولما اقر بالاستيفا فلا وصول للبدل اليهم فلم يصح اقراره بالاستيفا في حقهم فبقي
اقرارًا بالدين لان الاقرار بالاستيفا اقرار بالدين لان كل من استوفي دينًا من غيره
يصير المستوفي دينا في ذمة المستوفي ثم تقع المقاصة فكان الاقرار بالاستيفا
اقرارا بالدين واقرار المريض بالدين وعليه دين الصحة لا يصح في حق غرما
الصحة وكذلك لو اتلف رجل على المريض شيا في مرضه فاقر المريض بقبض القيمة
منه لم يصدق على ذلك اذا كان عليه دين الصحة لان الحق كان متعلقا بالمبدل
حالة المرض فيتعلق بالبدل ولو اتلف في حالة الصحة فاقر في حالة المرض صح
لان الاقرار بقبض دين الصحة في حالة المرض صحيح وان كان بدلا عما هو مال
لما بينا وان وجب بدلا عما ليس بمال يصح اقراره لان بالمرض لا يتعلق حق غرما الصحة
بالمبدل لانه لا يحتمل التعلق لانه ليس بمال فلا يتعلق بالبدل فصار الاقرار
باستيفا به والاقرار باستيفا دين وجب له في حالة الصحة سوا وذلك صحيح
كذا هذا وكذلك لو اقر رجل للمريض انه قتل عبدا له في مرضه خطا او قطع
يد العبد او قامت البينة على ذلك فلزمه نصف القيمة فاقر المريض بالاستيفا
فهو مصدق لان الواجب بقتل العبد بدل النفس عندنا لا بدل المال بدليل
انه يجب مقدرا كارش الاحرار حتى لو قطع يد عبد قيمته ثلاثون الف درهم
فعليه فعليه عشرة الاف درهم الا احد عشر درهما عند ابي يوسف فينقص
عشرة عن عشرة الاف لئلا تبلغ دية الحر وينقص الدرهم الحادي عشر
لئلا يبلغ بدل يد بدل نفسه وعند محمد يجب بقطع يد هذا العبد
خمسة الاف الا عشرة دراهم دل ان ارش يد العبد وجب مقدرا فكان
بدلا عما ليس بمال كارش الحر فلا يتعلق به حق الغرما فلا يكون الاقرار بالاستيفا
ابطالا لحقهم وكذلك لو كان الجاني قتل العبد متعمدا فصالحه المريض
على مال ثم اقر انه استوفى بدل الصلح جاز وكان مصدقا لان بدل الصلح بدل
عما ليس بمال والله اعلم فصل وان اقر باستيفا دين وجب له على
وارث لا يصح سوا وجب بدلا عما هو مال او بدلا عما ليس بمال لانه في
اقرار بالدين لما بينا ان استيفا الدين بطريق المقاصة وهو ان يصير المستوفي
دينا في ذمة المستوفي فكان اقراره بالاستيفا اقرارا بالدين واقرار المريض
لوارثه باطل وعلى هذا اذا تزوج امراة فاقرت في مرض موتها انها استوفت
مهرها من زوجها ولا يعلم ذلك الا بقولها وعليها دين الصحة ثم ماتت قبل
ان يطلقها زوجها ولا مال لها غير المهر لا يصح اقرارها ويؤمر الزوج برد

المهر

المهر الى الغرما فيكون بين الغرما بالحصص لان الزوج وارثها واقرار المريض بدين وجب له على صح
وارثه لا يصح وان وجب بدلا عما ليس بمال لما بينا ان ذلك اقرار بالدين للوارث وانه
باطل ولو اقرت في مرضها انها استوفت المهر من زوجها ثم طلقها الزوج قبل
الدخول بها يصح اقرارها لان الزوج بالطلاق قبل الدخول خرج من ان يكون
وارثا لها فلم يكن اقرارها باستيفا المهر منه اقرارا بالدين للوارث فصح وليس للزوج
ان يضارب الغرما بنصف المهر فيقول انها اقرت باستيفاء جميع المهر مني
وهي لا تستحق بالطلاق قبل الدخول الا نصف المهر فصار نصف المهر دينا لي عليها
وانا اضرب مع غرمايها لان اقرارها بالاستيفا انما صح في حق براة الزوج من
المهر لا في اثبات الشركة في مالها مع غرمايها لان ديونهم ديون الصحة واقرارها حق صح
للزوج في حالة المرض فلا يصح في حقهم ولو كان الزوج دخل بها فاقرت باستيفا
المهر ثم طلقها طلاقا باينا او رجعيا ثم ماتت بعد انقضا العدة فكذلك الجواب
لان الزوج عند الموت ليس بوارث ولو ماتت قبل انقضا العدة لا يصح اقرارها
اما في الطلاق الرجعي فلان الزوجية باقية والوراثة قايمة واما في الباين فلان
العدة باقية وكانت ممنوعة عن هذا الاقرار لقيام النكاح وفي حالة العدة
لان النكاح قايم من وجه فلا يزول المنع ما دام المانع قايما من وجه
ولهذا لا تقبل شهادة المعتدة لزوجها وان كان الطلاق باينا واذا لم يصح اقرارها
وعليها ديون الصحة فيستوفي اصحاب ديون الصحة ديونهم فان فضل
من مالها شي ينظر الى المهر والى ميراثه منها فيسلم له الاقل منهما ومشايخنا
يقولون ان هذا الجواب على قول ابي حنيفة رحمه الله فاما على قولهما يجب
ان يكون اقرارها باستيفا المهر من زوجها صحيحا في حق التقديم على الورثة
في جميع ما اقرت واصل المسلة في كتاب الطلاق في المريض يطلق امراته
بسوالها ثم يقر لها بمال انه يصح اقراره عندهما لانها اجنبية لا ميراث لها
منه وابو حنيفة رحمه الله يقول لها الاقل من نصيبها من الميراث ومما اقر لها
به فهما يعتبران ظاهر كونها اجنبية وابو حنيفة يقول يحتمل انهما تواضعا
على ذلك ليقر لها باكثر من نصيبها فكان متهما فيما زاد على ميراثها في حق
ساير الورثة فلم يصح فهذا كذلك والعبد الماذون في حالة المرض في الاقرار
باستيفا دين الصحة والمرض كالحر لانه يملك الاقرار باستيفا الدين وقبضه كالحر
فكل ما صح من الحر يصح منه وما لا فلا والله اعلم فصل واما اقرار المريض بالابرا
بان اقر المريض انه كان ابرا فلانا من الدين الذي عليه في صحته لا يجوز لانه لا يملك

انشا الابرا الحال فلا يملك الاقرار به بخلاف الاقرار باستيفا الدين لانه اقرار بقبض
الدين وانه يملك انشا القبض فيملك الاخبار عنه بالاقرار والله اعلم
وصل واما الاقرار بالنسب فهو الاقرار بالوارث وهو نوعان احدهما
اقرار الرجل بوارث والثاني اقرار الوارث بوارث ويتعلق بكل واحد منهما
حكمان حكم النسب وحكم الميراث اما الاقرار بوارث فلصحته في حق ثبات
النسب شرايط منها ان يكون المقر به محتمل الثبوت لان الاقرار اخبار عن
كاين فاذا استحال كونه فالاخبار عن كاين ولا كاين يكون كذبا محضا وبيانه
ان من اقر بولد لمثله ابنه ومثله لا يولد لمثله لا يصح اقراره لانه يستحيل ان يكون
ابنا له فكان كاذبا في اقراره بيقين ومنها ان لا يكون المقر بنسبه معروف
النسب من غيره فان كان لم يصح لانه اذا ثبت نسبه من غيره لا يحتمل ثبوته
له بعد ومنها تصديق المقر بنسبه اذا كان في يد نفسه لان اقراره يتضمن
ابطال يده فلا تبطل الا برضاه ولا يشترط صحة المقر لصحة اقراره بالنسب
حتى يصح من الصحيح والمريض جميعا لان المرض ليس بمانع لعينه بل لتعلق
حق الغير او التهمة وكل ذلك منعدم اما التعلق فظاهر العدم لانه لا يعرف
التعلق في مجهول النسب وكذلك معنى التهمة لان الارث ليس من لوازم النسب
فان الحرمان الارث اسبابا لا تقدح في النسب من القتل والرق واختلاف الدين
والدار والله اعلم ومنها ان لا يكون فيه حمل النسب على الغير سوا كذبه
المقر بنسبه او صدقه لان اقرار الانسان حجة على نفسه لا على غيره لانه
على غيره شهادة او دعوى والدعوى المفردة ليست بحجة وشهادة الفرد
فيما يطلع عليه الرجال وهو من باب حقوق العباد غير مقبولة والاقرار
الذي فيه حمل نسب الغير على غيره اقرار على غيره لا على نفسه فكان دعوى
او شهادة وكل ذلك لا يقبل الا بحجة وعلى هذا يجوز اقرار الرجل بخمسة نفر
الوالدين والولد والزوجة والمولى ويجوز اقرار المراة باربعة نفر الوالدين
والزوج والمولى ولا يجوز في الولد لانه ليس في الاقرار بهولآء حمل نسب
الغير على غيره اما الاقرار بالولد فظاهر لانه ليس فيه حمل النسب على احد
وكذلك الاقرار بالزوجية ليس فيه حمل نسب الغير على غيره لكن لا بد
من التصديق لما ذكرنا ثم ان وجد التصديق في حال حياة المقر جاز بلا خلاف
وان وجد بعد وفاته فان كان الاقرار من الزوج يصح تصديق المراة سوا
صدقته في حال حياته او بعد وفاته بالاجماع بان اقر الرجل بالزوجية

فمات ثم صدقته المراة لان النكاح يبقي بعد الموت من وجه لبقا بعض احكامه
في العدة فكان محتملا للتصديق وان كان الاقرار بالزوجية من المراة فصدقها
الزوج بعد موتها لا يصح عند ابي حنيفة رحمه الله وعند ابي يوسف ومحمد يصح
وجه قولهما ما ذكرنا ان النكاح يبقي بعد الموت من وجه فيجوز التصديق
كما اذا اقر الزوج بالزوجية وصدقته المراة بعد موته وجه قول ابي حنيفة
ان النكاح للحال عدم حقيقة فلا يكون محلا للتصديق الا انه اعطي له حكم البقا
لاستيفا احكام كانت ثابتة قبل الموت والميراث حكم لا يثبت الا بعد الموت
فكان زايلا في حق هذا الحكم فلا يحتمل التصديق والله اعلم واما الاقرار بالولد
فلانه ليس فيه حمل نسب غيره على غيره بل على نفسه فيكون اقرارا على نفسه
لا على غيره فيقبل لكن لا بد من التصديق اذا كان في يد نفسه لما قلنا وسوا كان
في حالة الحياة او بعد الموت لان النسب لا يبطل بالموت فيجوز التصديق في
الحالين جميعا وكذلك الاقرار بالوالدين ليس فيه حمل نسب غيره على غيره فلون
اقرارا على نفسه لا على غيره فيقبل وكذلك اقرار المراة بهولا لما ذكرنا الا الولد
لان فيه حمل نسب غيره على غيره وهو نسب الولد على الزوج فلا يقبل الا اذا
صدقها الزوج او تشهد امراة على الولادة بخلاف الرجل لان فيه حمل النسب
على نفسه ولا يجوز الاقرار بغير هولا من الاخ والعم لان فيه حمل نسب غيره على
غيره وهو الاب والجد وكذلك الاقرار بوارث في حق حكم الميراث يشترط له ما
يشترط للاقرار به في حق ثبات النسب وهو ما ذكرنا الا شرط حمل النسب على
الغير فان الاقرار بنسب يحمله المقر على غيره لا يصح في حق ثبات النسب اصلا
ويصح في حق الميراث لكن بشرط ان لا يكون له وارث اصلا ويكون ميراثه
له لان تصرف العاقل واجب التصحيح ما امكن فان لم يمكن تصحيحه في حق
ثبات النسب لفقد شرط الصحة امكن في حق الميراث وان كان ثمة وارث
قريبا كان او بعيدا لا يصح اقراره اصلا ولا شي له في الميراث بان اقر باخ وله
عمة او خالة فميراثه للعمة او للخالة ولا شي للمقر له لانهما وارثان بيقين
فكان حقهما ثابتا بيقين ولا يجوز ابطاله بالصرف الى غيرهما وكذلك اذا
اقر باخ او ابن ابن وله مولى الموالاة ثم مات فالميراث للمولى ولا شي للمقر له
لان الولا من اسباب الارث ولا يكون اقراره بذلك رجوعا عن عقد الموالاة لانعدام
الرجوع حقيقة فيبقي العقد وانه يمنع صحة الاقرار بالمذكور وكذلك لو كان
مولى الموالاة مولى العتاقة من طريق الاولى لانه عصبة ولو لم يكن له وارث ولكنه

م غيره صح

م

اوصى بجميع ماله لرجل فالثلث للموصى له والباقي للاخ المقر به لانه وارث في زعمه وظنه ولو كان مع الموصى له بالمال مولى الموالاة ايضا فللموصى له الثلث والباقي للمولى ولا شي للمقر له لان الموالاة لا تمنع صحة الوصية لكنها تمنع صحة الاقرار بالمذكور لما بينا وكذلك لو كان مكان مولى الموالاة مولى العتاقة لان مولى العتاقة اخر العصبات يقدم على ذوي الارحام ومولى الموالاة اخر الورثة موخر عن ذوي الارحام فاضعفا لو لم يبين لما منع صحة الاقرار بالمذكور فاقواهما اولى ولو اقر باخ في مرض موته وصدقه المقر له ثم انكر المريض بعد ذلك وقال ليس بيني وبينك قرابة بطل اقراره في حق الميراث ايضا حتى انه لو اوصى بعد الانكار بماله لانسان ثم مات ولا وارث له فالمال كله للموصى له بجميع المال لان الانكار منه رجوع والرجوع عن مثل هذا الاقرار صحيح لانه يشبه الوصية وان لم يكن وصية على الحقيقة والرجوع عن الوصية صحيح ولو انكر وليس هناك موصى له بالمال اصلا فالمال لبيت المال لبطلان الاقرار اصلا بالرجوع والله اعلم واما الاقرار بوارث فالكلام فيه في موضعين احدهما في حق ثبات النسب والثاني في حق الميراث اما الاول فالامر فيه لا يخلو من احد وجهين اما ان كان الوارث واحدا واما ان كان اكثر من واحد بان مات رجل وترك ابنا فاقر باخ هل يثبت نسبه من الميت اختلف فيه قال ابو حنيفة ومحمد لا يثبت النسب باقرار وارث واحد وقال ابو يوسف يثبت وبه اخذ الكرخي وان كان اكثر من واحد بان كانا رجلين او رجلا وامراتين فصاعدا يثبت النسب باقرارهم بالاجماع وجه قول ابي يوسف ان اقرار الوارث الواحد مقبول في حق الميراث فيكون مقبولا في حق النسب كاقرار الجماعة وجه قول ابي حنيفة ومحمد ان الاقرار بالاخوة اقرار على غيرهم لما فيه من حمل نسب غيره على غيره فكان شهادة وشهادة الفرد غير مقبولة بخلاف ما اذا كانا اثنين فصاعدا لان شهادة رجلين او رجل وامراتين في النسب مقبولة واما في حق الميراث فاقرار الوارث الواحد بوارث يصح ويصدق في حق الميراث بان اقر الابن المعروف باخ وحكمه ان يشاركه فيما في يده من الميراث لان الاقرار بالاخوة اقرار بشيئين النسب واستحقاق المال والاقرار بالنسب اقرار على غيره وذلك غير مقبول لانه دعوى في الحقيقة او شهادة والاقرار باستحقاق المال اقرار على نفسه وانه مقبول وجاز ان يكون الاقرار الواحد مقبولا بجهة غير مقبول بجهة اخرى كمن اشترى عبدا

ثم اقر البايع كان اعتقه قبل البيع يقبل اقراره في حق العتق ولا يقبل في حق ولاية الرجوع بالثمن على البايع فعلى ذلك هاهنا جاز ان يقبل الاقرار بوارث في حق الميراث ولا يقبل في حق ثبات النسب ولو اقر الابن المعروف باخت اخذت ثلث ما في يده لان اقراره قد صح في حق الميراث ولها مع الاخ ثلث الميراث ولو اقر بامراة انها زوجة ابيه فلها ثمن ما في يده ولو اقر بجدة هي ام الميت فلها سدس ما في يده والاصل ان المقر بما في يده يعامل معاملة ما لو ثبت النسب ولو اقر ابن الميت بابن للميت وصدقه لكنه انكر ان يكون المقر ابنه فالقول قول المقر والمال بينهما نصفان استحسانا والقياس ان يكون القول قول المقر له والمال كله له ما لم تقم البينة على النسب وجه القياس انهما تصادقا على اثبات وراثة المقر له واختلفا في وراثة المقر فيثبت المتفق عليه ويقف المختلف فيه على قيام الدليل وجه الاستحسان ان المقر له انما استفاد الميراث من جهة المقر فلو بطل اقراره لبطلت وراثته وفي بطلان وراثته بطلان وراثة المقر له وكذلك لو اقر بابنة للميت ولكنها انكرت ان يكون المقر ابنه فالقول قول المقر استحسانا لما قلنا ولو اقرت امراة باخ للزوج الميت وصدقها الاخ ولكنه انكر ان تكون هي امراة الميت فالقول قول المقر له عند ابي حنيفة ومحمد وزفر رحمهم الله وهو القياس وعلى المراة اثبات الزوجية بالبينة وعند ابي يوسف القول قول المراة والمال بينهما على قدر مواريثهما ولو اقر زوج المراة الميتة باخ لها وصدقه الاخ لكنه انكر ان يكون هو زوجا لها فهو على الاختلاف وجه قول ابي يوسف قياس هذه المسالة على المسالة الاولى بالمعنى الجامع الذي ذكرنا في المسالة الاولى ولابي حنيفة رحمه الله الفرق بين المسالتين ووجهه ان النكاح ينقطع بالموت والاقرار بسبب منقطع لا يقبل الا ببينة بخلاف النسب ولو ترك ابنين فاقر احدهما باخ ثالث فان صدقه الاخ المعروف في ذلك شاركهما في الميراث كما اذا كانا اقرا جميعا لما بينا وان كذبه فيه فانه يقسم المال بين الاخوين المعروفين اولا نصفين فيدفع النصف الى الاخ المنكر واما النصف الاخر فيقسم بين الاخ المقر وبين المقر له نصفين عند عامة العلماء وعند ابن ابي ليلى اثلاثا ثلثاه للمقر وثلثه للمقر له وجه قول ابن ابي ليلى ان من زعم المقر ان المال بين الاخوة الثلاثة اثلاثا وان ثلث المقر له نصفه في يده ونصفه في يد اخيه المنكر على الشيوع الا ان اقراره على اخيه لا ينفذ فيما في يد اخيه فينفذ فيما في يده فيعطيه ثلث ذلك ولنا ان من زعم المقر

ان حق المقر بنسبه في الميراث مثل حقه وان المنكر فيما اخذ من الزيادة وهو النصف
التام ظالم فيجعل ما في يده بمنزلة الهالك فيكون النصف الباقي بينهما بالسوية
لكل واحد منهما ربع المال ولو اقر احدهما باخت فان صدقه الاخر فالامر
ظاهر وان كذبه فيقسم اولا بين الاخوين نصفين النصف للاخ المنكر ثم يقسم الباقي
بين الاخ المقر واخته للذكر مثل حظ الانثيين ولو اقر احدهما لامراة انها زوجة
ابينا فان صدقه الاخر فالامر واضح للمراة الثمن والباقي بينهما لكل واحد منهما
سبعة لا يستقيم عليهما فتصح المسئلة فيضرب سهمين في ثمانية فتصير
ستة عشر لها ثمنها والباقي بينهما لكل واحد منهما سبعة وان كذبه فلها
تسعا ما في يده عند عامة العلما وعند ابن ابي ليلى لها ثمن ما في يده وجه
قوله ان في زعم المقر ان للمراة ثمن ما في يد الاخوين الا ان اقراره صح فيما في يد نفسه
ولم يصح في حق صاحبه واذا صح في حق نفسه يعطيها
يعطيها ثمن ما في يده وجه قول العامة ان في زعم المقر ان ثمن التركة لها
وسبعة اثمانها لهما بينهما على السوية اصل المسئلة وقسمتها ما ذكرنا الا ان
الاخ المنكر فيما ياخذ من الزيادة ظالم فاجعل ما في يده كالهالك ويقسم النصف
الذي في يد المقر بينه وبينها على قدر حقيهما ويجعل ما يحصل للمقر وذلك سبعة
على تسعة اسهم سهمان من ذلك لها وسبعة اسهم له واذا جعل هذا النصف
على تسعة صار كل المال على ثمانية عشر تسعة منها للاخ المنكر وسهمان
للمراة وسبعة اسهم للاخ المقر هذا اذا اقر الوارث بوارث واحد فاما اذا اقر
بوارث بعد وارث بان اقر بوارث اخر فالاصل في هذا الاقرار انه ان صدقه

> م بوارث ثم اقر صح

المقر بوراثته الاول في اقراره بالوراثة للثاني فالمال بينهم على فرايض الله تعالى
وان كذبه فيه فان كان المقر دفع نصيب الاول اليه بقضا القاضي لا يضمن
ويجعل ذلك كالهالك ويقتسمان ما في يد المقر على قدر حقيهما وان كان
الدفع بغير قضا القاضي يضمن ويجعل المدفوع كالقايم في يده فيعطي الثاني
حقه من كل المال بيان هذه الجملة فيمن هلك وترك ابنا فاقر باخ له من
ابيه وامه فانه يدفع اليه نصف الميراث لما ذكرنا ان اقراره بالاخوة صحيح
في حق الميراث فان اقر باخ اخر فهذا على وجهين اما ان اقر به بعد ما دفع
الى الاول واما ان اقر به قبل ان يدفع الى الاول نصيبه فان اقر بعد ما دفع الى
الاول نصيبه فان كان الدفع بقضا القاضي فللثاني ربع المال ويبقى في يدي
المقر الربع لان الدفع بالقضا في حكم الهالك لكونه مجبورا في الدفع فيكون الباقي

بينهما

بينهما نصفين لان في زعم المقر ان الثاني يساويه في استحقاق الميراث فيكون
لكل واحد منهما نصف النصف وهو ربع الكل وكذلك اذا كان لم يدفع الى
الاول شيا لان نصف المال صار مستحق الصرف اليه والمستحق كالمصروف
وان كان دفع اليه بغير قضا القاضي اعطى الثاني ثلث جميع المال لما ذكرنا ان
الدفع بغير قضا مضمون عليه والمضمون كالقايم فيدفع ثلث جميع المال
اليه ويبقى في يده السدس فان دفع ثلث المال الى الثاني بغير قضا القاضي ثم اقر
باخ ثالث وكذبه الثالث في الاقرار بالاولين اخذ الثالث من الابن المعروف
ربع جميع المال لان كل المال قايم معنى لان الدفع بغير قضا مضمون على
الدافع فياخذ السدس الذي في يد المقر ونصف سدس اخر لان الدفع الى
الاولين من غير قضا القاضي لم يصح في حق الثالث فيضمن له قدر نصف
سدس فيدفعه مع السدس الذي في يده اليه وعلى هذا اذا ترك ابنين فاقر
احدهما باخ ثم اقر باخ اخر فان صدقه الابن المعروف اشتركوا في الميراث
وان كذبه فان صدقه المقر بوراثته الاول فنصف المال بينهم اثلاث
لان اقراره بالوراثة في حقه وفي حق المقر بوراثته الاول صحيح لم يصح في حق

> م لكنه صح

الابن المعروف فكان النصف للابن المعروف والنصف الباقي بينهم اثلاثا
وان كذبه فان كان المقر دفع نصف ما في يده وهو ربع جميع المال اليه بقضا
القاضي كان الباقي بينه وبين الثاني نصفين لكل واحد ثمن المال وان كان الدفع

> م لان الدفع بقضاء في حكم الهالك فكان الباقي بينهما نصفين صح

اليه بغير قضا القاضي فان كان المقر يعطي الثاني مما في يده وهو ربع المال سدس
جميع لان الدفع بغير قضا مضمون على الدافع فيكون ذلك الربع كالقايم ولو اقر

> ط المال صح

احدهما باخت ودفع اليها نصيبها ثم اقر باخت اخرى ولذ به الاخ فان
صدقته الاخت الاولى فنصف المال للاخ المنكر والنصف بين الاخ المقر وبين
الاختين للذكر مثل حظ الانثيين وان كذبته فان كان دفع اليها نصيبها وهو
ثلث النصف وذلك سدس الكل بقضا فالباقي بين المقر وبين الاخت الاخرى
للذكر مثل حظ الانثيين لما مر ان المدفوع بقضا في حكم الهالك فلا
يكون مضمونا على الدافع وان كان الدفع بغير قضا فان المقر يعطي الاخت الاخرى
مما في يده نصف ربع جميع المال لان الدفع بغير قضا اتلاف فصار كانه
قايم في يده وقد اقر باختين ولو كان كذلك يكون لهما ربع جميع المال
لكل واحدة الثمن كذلك ههنا يعطي الاخت الاخرى مما في يده نصف ربع
جميع والله اعلم ولو اقر احدهما بامراة لابيه ثم اقر باخرى فان اقر بهما معا

> م المال صح

فذلك التسعان لهما جميعا وهذا ظاهر لان فرض الزوجات لا يختلف بالقلة والكثرة
وان اقر بالاولى ودفع اليها ثم بالاخرى فان صدقته الاولى فكذلك الجواب وان
كذبته فالنصف للاخ المنكر وتسعان للاولى فبقي هناك الابن المعروف والمراة
الاخرى فينظر ان كان دفع التسعين الى الاولى بالقضا يجعل ذلك كالهالك ويجعل
كان لم يكن له مال سوى الباقي وهو سبعة اسهم فيكون ذلك بين الابن المقر
وبين المراة الاخرى على ثمانية اسهم ثمن من ذلك للمراة وسبعة للابن المقر وان
كان دفع اليها بغير قضا يعطى من السبعة التي هي عنده سهما للمراة الاخرى
وهو سبع نصف جميع المال لان المدفوع كالقايم عنده ولو كان نصف المال عنده
قايما يعطى الاخرى التسع وذلك سهم لان المقر به ثمن المال للمراتين جميعا
والثمن هو تسعان تسع للاولى وتسع للاخرى الا ان الاولى ظلمت حيث اخذت
زيادة سهم وذلك الظلم حصل على الاخ المقر لانه هو الذي دفع بغير قضا القاضي
فيدفع التسع الثاني الى الاخرى وهو سبع نصف المال والباقي للابن
وهو ستة اسهم والله اعلم ولو مات رجل وترك ابنا معروفا والف درهم في
يده فادعى رجل على الميت الف درهم وصدقه الابن او نكل عن اليمين فدفع
الى الغريم ذلك ثم ادعى رجل اخر على الميت الف درهم فصدقه الابن او نكل
عن اليمين فان كان دفع الى الاول بقضا لم يضمن الثاني شيا لانه في الدفع مجبور
وكان في حكم الهالك وان كان بغير قضا يضمن للثاني نصف المال لانه مختار
في الدفع وكان اتلافا فيضمن كما اذا اقر لهما ثم دفع الى احدهما ولو مات وترك
الف درهم فاقر باخ ثم رجع وقال لست باخ لي وانما اخي هذا الرجل وصدقه
الاخر بذلك وكذبه في الاقرار الاول فان كان دفع النصف الى الاول بقضا
يشاركه الثاني فيما في يده فيقتسمان نصفين لما بينا ان الدفع بقضا في حكم
الهلاك بقضا وان كان بغير قضا يدفع جميع ما في يده وهو نصف المال الى
الاخر لما بينا ولو مات وترك ابنا والف درهم فادعى رجل على الميت
الف درهم وصدقه الوارث ودفع اليه بغير قضا وادعى رجل اخر على الميت
دينا الف درهم وكذبه الوارث وصدقه الغريم الاول وانكر الغريم الثاني
دين الغريم الاول لم يلتفت الى انكاره ويقتسمان الالف بينهما نصفين لان
استحقاق الغريم الثاني انما ثبت باقرار الغريم الاول وهو تصديقه وهو
ما اقر له الا بالنصف وكذلك لو اقر الغريم الثاني بغريم ثالث فان الغريم الثالث
ياخذ نصف ما في يده لما قلنا ولو مات وترك الف درهم في يد رجل فقال الرجل

م بقضاء او صح

وبشاركه الاول

انا اخوه لابيه وامه وانت لابيه وامه وانكر المقر به ان يكون المقر اخا له فالقول
قول المقر استحسانا على ما بينا ولو قال المقر للمقر به انا وانت اخواه لابيه وامه
ولي عليه الف درهم دين وانكر المقر به الدين فالمال بينهما نصفان لان دعوى
الدين دعوى امر عارض مانع من الارث فلا يثبت الا بحجة ولو مات وترك
ابنا والف درهم فادعى رجل على الميت الف درهم وصدقه الوارث ودفع اليه
ثم ادعى رجل اخر ان الميت اوصى له بثلث ماله او ادعى انه ابن الميت فصدقهما
بذلك الابن المعروف وكذباه فيما اقر به فان كان دفع بغير قضا فلا ضمان على
الدافع لان الارث والوصية موخر ان عن الدين فاقراره لم يصح في حق ثبات النسب
وانما صح في حق الميراث ولم يوجد الميراث ولو اقر لهما اولا مرة ودفع اليهما ثم
اقر للغريم كان للغريم ان يضمنه ما دفع الى الاولين لان الدين مقدم فاذا دفع بغير
قضا فقد اتلف على الغريم حقه وان كان الدفع بقضا لا ضمان عليه لما بينا ولو
ثبت الوصية او الميراث بالبينة بقضا او بغير قضا ثم اقر الغريم بدينه فلا
فلا ضمان عليه للغريم فيما دفعه الى الوارث والموصى له لانه لما قامت البينة على
الميراث او الوصية فقد ظهر انه وارث معروف او موصا له فالاقرار بالدين
لا يوجب بطلان حقهما ولو لم يكن دفع اليه لا يجوز له ان يدفع الى الغريم
ويجبره القاضي على الدفع الى الوارث والموصى له لما قلنا والله اعلم

فصل

واما بيان ما يبطل به الاقرار بعد وجوده فنقول وبالله التوفيق
الاقرار بعد وجوده يبطل بشيين احدهما تكذيب المقر له في احد نوعي الاقرار
وهو الاقرار بحقوق العباد لان اقرار المقر دليل لزوم المقر به وتكذيب
المقر له دليل عدم اللزوم واللزوم لم يعرف ثبوته فلا يثبت مع الشك والثاني
رجوع المقر عن اقراره فيما يحتمل الرجوع في احد نوعي الاقرار وهو الاقرار
بحقوق الله تعالى خالصا كحد الزنا لانه يحتمل ان يكون صادقا في الانكار
فيكون كاذبا في الاقرار ضرورة فيورث شبهة في وجوب الحد وسوا رجع
قبل القضا او بعده قبل تمام الحد او الرجم قبل الموت لما قلنا وروي ان ماعزا
لما رجم ببعض الحجاره هرب من ارض قليلة الحجارة فلما بلغ ذلك الى رسول
الله صلى الله عليه وسلم قال هلا خليتم سبيله ولهذا يستحب للامام تلقين
المقر الرجوع بقوله لعلك لمستها او قبلتها كما لقن رسول الله صلى الله عليه وسلم
ماعزا وكما لقن السارق والسارقة بقوله ما اخاله سرق اسرقت قولي لا ولو لم يكن
محتملا للرجوع لم يكن للتلقين معنى وفايدة وكان التلقين منه عليه السلام احتيالا

م اخوه صح

م بذلك صح

يبطل صح

م علم صح

م الى ارض كثيرة الحجارة صح

للشبهة لانه امرنا به بقوله صلى الله عليه وسلم ادرؤا الحدود بالشبهات وقوله
ادرؤا الحدود ما استطعتم وكذلك الرجوع عن الاقرار بالسرقة والشرب
لان الحد الواجب بهما حق الله تعالى خالصا فيصح الرجوع عن الاقرار بهما الا ان في
السرقة يصح الرجوع في حق القطع لا في حق المال لان القطع حق الله تعالى
على الخلوص فيصح الرجوع عنه فاما المال فحق العبد فلا يصح الرجوع فيه واما
حد القذف فلا يصح الرجوع عن الاقرار فيه لان للعبد فيه حقا فيكون متهما
في الرجوع فلا يصح كالرجوع عن سائر الحقوق المتمحضة للعباد وكذلك الرجوع عن
الاقرار بالقصاص لان القصاص خالص حق العبد فلا يحتمل الرجوع والله تعالى اعلم

كتاب السير وقد يسمى كتاب الجهاد

والكلام في هذا الكتاب في مواضع في بيان معنى السير والجهاد لغة وشرعا وفي
بيان كيفية فرضية الجهاد وفي بيان من يفترض عليه الجهاد وفي بيان ما يندب
اليه الامام عند بعث الجيش او السرية الى الجهاد وفي بيان ما يجب على الغزاة من
الافتتاح به حالة شهود الوقعة وفي بيان من يحل قتله من الكفرة ومن لا يحل وفي
بيان من يجوز تركه ممن لا يحل قتله في دار الحرب ومن لا يجوز وفي بيان ما يكره
حمله الى دار الحرب وما لا يكره وفي بيان ما يعترض من الاسباب المحرمة للقتال
وفي بيان حكم الغنائم وما يتصل بها وفي بيان حكم استيلاء الكفرة على اموال
المسلمين وفي بيان احكام تختلف باختلاف الدارين وفي بيان احكام المرتدين
وفي بيان احكام البغاة اما الاول فالسير جمع سيرة والسيرة في اللغة تستعمل
في معنيين احدهما الطريقة يقال هما على سيرة واحدة اي طريقة واحدة
والثاني الهيئة قال الله تعالى سنعيدها سيرتها الاولى اي هيئتها فاحتمل
تسمية هذا الكتاب كتاب السير لما فيه من بيان طرق الغزاة وهيئاتهم مما
لهم وعليهم واما الجهاد في اللغة فعبارة عن بذل الجهد بالضم وهو الوسع والطاقة
او عن المبالغة في العمل من الجهد بالفتح وفي عرف الشرع يستعمل في بذل
الوسع والطاقة بالقتال في سبيل الله تعالى بالنفس او المال واللسان او غير ذلك
او المبالغة في ذلك والله اعلم **فصل** واما كيفية فرضية الجهاد فالامر
فيه لا يخلو من احد وجهين اما ان كان النفير عاما واما ان لم يكن فان لم يكن
النفير عاما فهو فرض كفاية ومعناه انه يفترض على جميع من هو من اهل الجهاد لكن اذا
قام به البعض يسقط عن الباقين لقوله تعالى فضل الله المجاهدين باموالهم وانفسهم
على القاعدين درجة وكلا وعد الله الحسنى وعد الله المجاهدين والقاعدين

الحسنى

الحسنى ولو كان الجهاد فرض عين في الاحوال كلها لما وعد الله القاعدين الحسنى
لان القعود يكون حراما وقوله تعالى وما كان المؤمنون لينفروا كافة فلولا نفر من كل
فرقة منهم طائفة ليتفقهوا في الدين الآية ولان ما فرض له الجهاد وهو الدعوة
الى الاسلام واعلاء الدين الحق ودفع شر الكفرة وقهرهم يحصل بقيام البعض
به وكذا النبي صلى الله عليه وسلم كان يبعث السرايا ولو كان فرض عين في الاحوال
كلها لكان لا يتوهم منه القعود عنه في حال ولا اذن غيره بالتخلف عنه بحال واذا
كان فرضا على الكفاية فلا ينبغي للامام ان يخلي ثغرا من الثغور من جماعة من
الغزاة فيهم غنى وكفاية لقتال العدو فاذا قاموا به يسقط عن الباقين
وان ضعف اهل ثغر عن مقاومة الكفرة وخيف عليهم من العدو فعلى من
ورائهم من المسلمين الاقرب فالاقرب ان ينفروا اليهم وان يمدوهم بالسلاح
والكراع والمال لما ذكرنا انه فرض على الناس كلهم ممن هو من اهل الجهاد لكن
يسقط الفرض عنهم بحصول الكفاية بالبعض فما لم يحصل لا يسقط ولا يباح
للعبد ان يخرج الا باذن مولاه ولا المرأة الا باذن زوجها لان خدمة المولى
والقيام بحقوق الزوجية فرض عين فكان مقدما على فرض الكفاية ولذا
لا يخرج الولد الا باذن والديه او احدهما اذا كان الآخر ميتا لان بر الوالدين
فرض عين فكان مقدما على فرض الكفاية والله تعالى اعلم والاصل ان
كل سفر لا يؤمن فيه الهلاك ويشتد فيه الخطر لا يحل للولد ان يخرج اليه
بغير اذن والديه لانهما يشفقان على ولدهما فيتضرران بذلك وكل سفر
لا يشتد فيه الخطر يحل له ان يخرج اليه بغير اذنهما اذا لم يضيعهما لانعدام
الضرورة ومن مشايخنا من رخص في سفر التعلم بغير اذنهما لانهما لا يتضرران
بذلك بل ينتفعان به فلا يلحقه سمة العقوق هذا اذا لم يكن النفير
عاما فاما اذا عم النفير بان هجم العدو على بلد فهو فرض عين يفترض على
كل واحد من آحاد الناس ممن هو قادر عليه لقوله تعالى انفروا خفافا
وثقالا قيل نزلت في النفير العام وقوله تعالى ما كان لاهل المدينة ومن حولهم من
الاعراب ان يتخلفوا عن رسول الله ولا يرغبوا بانفسهم عن نفسه ولان الوجوب
على الكل قبل عموم النفير ثابت الا ان السقوط عن الباقين بقيام البعض به
فاذا عم النفير لا يتحقق القيام به الا بالكل فبقي فرضا على الكل عينا بمنزلة الصوم
والصلاة فيخرج العبد بغير اذن المولى والمرأة بغير اذن الزوج لان منافع العبد
والزوجة في حق العبادات المفروضة عينا مستثناة عن ملك المولى والزوج شرعا

كما في الصوم والصلاة وكذا يباح للولد ان يخرج بغير اذن والديه لانه نحو الوالدين
لا يظهر في فروض الاعيان كالصوم والصلاة **فصل** واما بيان من يفترض عليه
فنقول انه لا يفترض الا على القادر عليه فمن لا قدرة له لا جهاد عليه لان الجهاد بذل
الجهد وهو الوسع والطاقة بالقتال او المبالغة في عمل القتال ومن لا وسع
له كيف يبذل الوسع والعمل فلا يفترض على الاعمى والاعرج والزمن
والمقعد والشيخ الهرم والمريض والضعيف الذي لا يجد ما ينفق قال الله
تعالى ليس على الاعمى حرج ولا على الاعرج حرج الاية وقال ليس على الضعفاء ولا
على المرضى ولا على الذين لا يجدون ما ينفقون حرج اذا نصحوا لله ورسوله فقد
عذر الله تعالى هولاء بالتخلف عن الجهاد ورفع الحرج عنهم ولا جهاد على الصبي
والمراة لان بنيتهما لا تحتمل الحراب عادة وعلى هذا الغزاة اذا جاءهم جمع من
المشركين مما لا طاقة لهم به وخافوا ان يقتلوهم فلا باس لهم ان يتحازوا
الى بعض امصار المسلمين او الى بعض جيوشهم والحكم في هذا الباب لغالب الراي
واكبر الظن دون العدد فان غلب على ظن الغزاة انهم يقاومونهم يلزمهم الثبات
وان كانوا اقل عددا منهم وان كان غالب ظنهم انهم يغلبون فلا باس ان
يتحازوا الى المسلمين ليستعينوا بهم وان كانوا اكثر عددا من الكفرة وكذا الواحد
من الغزاة ليس معه سلاح مع الاثنين منهم معهما سلاح او مع واحد منهم ومعه
سلاح لا باس ان يولي دبره متحيزا الى فئة م فقد باء بغضب من الله وماواه
جهنم وبئس المصير الله تعالى نهى المومنين عن توليه الادبار عاما بقوله
يا ايها الذين امنوا اذا لقيتم الذين كفروا زحفا فلا تولوهم الادبار واوعد
عليها بقوله فقد باء بغضب من الله الاية لان في الكلام تقديما وتاخيرا معناه
والله اعلم يا ايها الذين امنوا اذا لقيتم الذين كفروا زحفا فلا تولوهم الادبار
ومن يولهم يومئذ دبره فقد باء بغضب من الله ثم استثنى من يولي دبره لجهة
مخصوصة فقال الا متحرفا لقتال او متحيزا الى فئة والاستثناء من
الحظر اباحة فكان المحظور تولية مخصوصة وهو ان يولي دبره غير متحرف
لقتال ولا متحيزا الى فئة فبقيت التولية لجهة التحرف والتحيز مستثناه
من الحظر فلا تكون محظورة ونظير هذه الاية قوله تعالى من كفر بالله من بعد
ايمانه الا من اكره وقلبه مطمئن بالايمان ولكن من شرح بالكفر صدرا فعليهم
غضب من الله ولهم عذاب عظيم انه على التقديم والتاخير على ما ذكرنا في كتاب
الاكراه وبه تبين ان الاية غير منسوخة وكذا قوله تعالى ان يكن منكم عشرون

والاصل فيه قوله تع ومن يولهم يومئذ دبره الا متحرفا لقتال او متحيزا الى فئة صح

صابرون

صابرون يغلبوا مائتين وقوله ان يكن منكم مائة يغلبوا الفين منسوخ لان
التولية للتحيز الى فئة مرخص فيها فلم تكن الايتان منسوختين والله اعلم
والدليل عليه قوله صلى الله عليه وسلم للذين فروا الى المدينة وهم فيها انتم الكرارون
انا فئة كل مسلم اخبر ان المتحيز الى فئة كرار وليس بفرار من الزحف فلا يلحقه
الوعيد وعلى هذا اذا كانت الغزاة في سفينة فاحترقت السفينة وخافوا الغرق
حكموا فيه غالب رايهم واكبر ظنهم فان غلب على رايهم انهم لو طرحوا انفسهم في البحر
لنجوا بالسباحة وجب عليهم الطرح ليسبحوا فيتحيزوا الى فئة وان استوى جانبا
الحرق والغرق بان كانوا اذا قاموا احرقوا وان طرحوا غرقوا فلهم الخيار عند ابي
حنيفة وابي يوسف رحمهما الله وقال محمد رحمه الله لا يجوز لهم ان يطرحوا انفسهم
في الماء وجه قوله انهم لو القوا انفسهم لهلكوا ولو اقاموا في السفينة لهلكوا
ايضا الا انهم لو طرحوا لهلكوا بفعل انفسهم ولو صبروا لهلكوا بفعل العدو فكان
الصبر اقرب الى الجهاد فكان اولى وجه قولهما انه استوى الجانبان في
الافضاء الى الهلاك فثبت لهم الخيار لجواز ان يكون الهلاك بالغرق ارفق قوله
لو اقاموا لهلكوا بفعل العدو قلنا ولو طرحوا لهلكوا بفعل العدو ايضا اذ العدو
هو الذي الجاهم اليه فكان الهلاك في الحالين مضافا الى فعل العدو ثم قد يكون
الهلاك بالغرق اسهل فثبت لهم الخيار ولو طعن مسلم برمح فلا باس ان يمشي
الى من طعنه من الكفرة حتى يجهزه لانه يقصد بالمشي اليه بذل نفسه لاعزاز
دين الله تعالى وتحريض المومنين على ان لا يبخلوا بانفسهم في قتال اعداء الله تعالى
فكان جائزا والله اعلم **فصل** واما بيان ما يندب اليه عند بعث الجيش
او السرية الى الجهاد فنقول وبالله التوفيق انه يندب الى اشياء منها
ان يومر عليهم اميرا لان النبي صلى الله عليه وسلم ما بعث جيشا الا وامر عليهم
اميرا ولان الحاجة الى الامير ماسة لانه لا بد من تنفيذ الاحكام وسياسة
الرعية ولا يقوم ذلك الا بالامير لتعذر الرجوع في كل حادثة الى الامام ومنها
ان يكون الذي يومره عليهم رجلا عالما بالحلال والحرام عارفا بوجوه السياسات بصيرا
بتدابير الحروب واسبابها لانه لو لم يكن بهذه الصفة لا يحصل ما ينصب له
الامير ومنها ان يوصيه بتقوى الله تعالى في خاصة نفسه ومن معه من
المومنين خيرا لما روي ان رسول الله صلى الله عليه وسلم كان اذا بعث جيشا اوصى
بتقوى الله تعالى في خاصة نفسه ومن معه من المومنين خيرا ولان الامارة امانة
عظيمة فلا يقوم بها الا المتقي واذا امر عليهم يكلفهم طاعة الامير فيما يامرهم به

رواه مسلم من حديث بريدة

ونهاهم عنه لقوله تعالى يا ايها الذين امنوا اطيعوا الله واطيعوا الرسول واولي الامر منكم
وقوله صلى الله عليه وسلم اسمعوا واطيعوا ولو امر عليكم عبد حبشي اجدع ما حكم
فيكم بكتاب الله تعالى ولانه نايب الامام وطاعة الامام لازمة كذا طاعته لانها
طاعة الامام الا ان يامرهم بمعصية فلا يجوز طاعتهم اياه فيها لقوله صلى الله عليه
وسلم لا طاعة لمخلوق في معصية الخالق ولو امرهم بشي لا يدرون اينتفعون
به ام لا فينبغي لهم ان يطيعوه فيه اذا لم يعلموا كونه معصية لان اتباع الامام في
محل الاجتهاد واجب كاتباع القضاة في مواضع الاجتهاد **فصل** واما
بيان ما يجب على الغزاة الافتتاح به حالة الوقعة فنقول وبالله التوفيق ان الامر
فيه لا يخلو من احد وجهين اما ان كانت الدعوة قد بلغتهم واما ان كانت
لم تبلغهم فان كانت الدعوة لم تبلغهم فعليهم الافتتاح بالدعوة الى الاسلام
باللسان لقوله تعالى ادع الى سبيل ربك بالحكمة والموعظة الحسنة وجادلهم
بالتي هي احسن ولا يجوز لهم القتال قبل الدعوة لان الايمان وان وجب عليهم
قبل بلوغ الدعوة بمجرد العقل فاستحقوا القتل بالامتناع لكن الله تعالى
حرم قتالهم قبل بعث الرسول وبلوغ الدعوة اياهم فضلا منه ومنة
قطعا لعذرهم بالكلية وان كان لا عذر لهم في الحقيقة لما اقام من الدلايل العقلية
التي لو تاملوها حق التامل ونظروا فيها لعرفوا حق الله تعالى عليهم لكن تفضل
عليهم بارسال الرسل لئلا يبقى لهم شبهة عذر فلا يقولوا ربنا لولا ارسلت
الينا رسولا فنتبع اياتك وان لم يكن لهم ان يقولوا ذلك في الحقيقة لما بينا
ولان القتال ما فرض لعينه بل للدعوة الى الاسلام والدعوة دعوتان دعوة
بالبنان وهي القتال ودعوة بالبيان وهو اللسان وذلك بالتبليغ والثانية
اهون من الاولى لان في القتال مخاطرة الروح والنفس والمال وليس في دعوة
التبليغ شي من ذلك فاذا احتمل المقصود باهون الدعوتين لزم الافتتاح بها هذا
اذا كانت الدعوة لم تبلغهم وان كانت قد بلغتهم جاز لهم ان يفتتحوا القتال من غير
تجديد الدعوة لما بينا ان الحجة لازمة والعذر منقطع وشبهة العذر انقطعت
بالتبليغ مرة لكن مع هذا الافضل ان لا يفتتحوا القتال الا بعد تجديد الدعوة
لرجا الاجابة في الجملة وقد روي ان رسول الله صلى الله عليه وسلم لم يكن يقاتل
الكفرة حتى يدعوهم الى الاسلام فيما كان دعاهم غير مرة دل ان الافتتاح بتجديد
الدعوة افضل ثم اذا دعوهم الى الاسلام فان اسلموا كفوا عنهم لقوله صلى الله عليه
وسلم امرت ان اقاتل الناس حتى يقولوا لا اله الا الله فاذا قالوها عصموا مني

دماهم

شهود صح
ولقاء العدو صح
لو صح
حصول صح
في الحقيقة صح

دماهم واموالهم الا بحقها وقوله صلى الله عليه وسلم من قال لا اله الا الله فقد عصم مني
دمه وماله فاذا ابوا الاجابة الى الاسلام دعوهم الى الذمة الا مشركي العرب والمرتدين
لما نذكره ان شا الله تعالى فان اجابوا كفوا عنهم لقوله صلى الله عليه وسلم فاذا قبلوا
عقد الذمة فاعلمهم ان لهم ما للمسلمين وعليهم ما عليهم فان ابوا استعانوا بالله
على قتالهم ووثقوا بعهد الله النصر لهم بعد ان بذلوا جهدهم واستفرغوا
وسعهم وثبتوا واطاعوا الله ورسوله وذكروا الله كثيرا على ما قال الله تعالى
يا ايها الذين امنوا اذا لقيتم فية فاثبتوا واذكروا الله كثيرا لعلكم تفلحون واطيعوا
الله ورسوله ولا تنازعوا فتفشلوا وتذهب ريحكم واصبروا ان الله مع الصابرين
ولهم ان يقاتلوهم وان لم يبدوا بالقتال لقوله تعالى فاقتلوا المشركين حيث
وجدتموهم وسوا كان في الاشهر الحرم او في غيرها لان حرمة القتال في الاشهر
الحرم صارت منسوخة باية السيف وغيرها من ايات القتال ولا باس
بالاغارة والبيات عليهم ولا باس بقطع اشجارهم المثمرة وغير المثمرة وافساد
زروعهم لقوله تعالى ما قطعتم من لينة او تركتموها قايمة على اصولها فباذن الله
وليخزي الفاسقين اذن بقطع النخيل في صدر الاية ونبه في اخرها ان ذلك
ليكون كبتا وغيظا للعدو بقوله وليخزي الفاسقين ولا باس باحراق حصونهم
بالنار واغراقها بالما وتخريبها وهدمها عليهم ونصب المنجنيق عليها لقوله
تعالى يخربون بيوتهم بايديهم وايدي المومنين ولان كل ذلك من باب القتال
لما فيه من قهر العدو وكبتهم وغيظهم ولان حرمة الاموال لحرمة اربابها ولا
حرمة لانفسهم حتى يقتلون فكيف باموالهم ولا باس برميهم بالنبال وان
علموا ان فيهم مسلمين من الاسارى والتجار لما فيه من الضرورة اذ حصون
الكفرة قلما تخلو من مسلم اسيرا او تاجر فاعتباره يودي الى انسداد باب
الجهاد ولكن يقصدون بذلك الكفرة دون المسلمين لانه لا ضرورة في
القصد الى قتل مسلم بغير حق وكذا اذا تترسوا باطفال المسلمين فلا باس
بالرمي اليهم لضرورة اقامة الفرض لكن يقصدون الكفار دون الاطفال فان
رموهم فاصاب مسلما فلا دية ولا كفارة وقال الحسن بن زياد تجب الدية
والكفارة وهو احد قولي الشافعي رحمه الله وجه قول الحسن ان دم المسلم
معصوم وكان ينبغي ان يمنع من الرمي الا انه لم يمنع لضرورة اقامة الفرض فيتقدر
بقدر الضرورة والضرورة في رفع المواخذة لا في نفي الضمان كتناول مال الغير
حالة المخمصة انه رخص له التناول لكن يجب الضمان لما ذكرنا كذا ههنا ولنا

نفي صح

انه كما مست الضرورة الى رفع المواخذة لاقامة فرض القتال مست الضرورة الى نفي
الضمان ايضا لان وجوب الضمان يمنع اقامة الفرض لانهم يمتنعون منه خوفا من
لزوم الضمان وايجاب ما يمنع من اقامة الواجب متناقض وفرض القتال لم يسقط
دل ان الضمان ساقط بخلاف حالة المخمصة لان وجوب الضمان هناك لا يمنع من
التناول لانه لو لم يتناول لهلك وكذا حصل له مثل ما يجب عليه فلا يمتنع عن
التناول فلا يودي الى التناقض ولا ينبغي للمسلمين ان يستعينوا بالكفار على
قتال الكفار لانه لا يومن غدرهم اذ العداوة الدينية تحملهم عليه الا اذا اضطروا
اليهم **فصل** واما بيان من يحل قتله من الكفرة ومن لا يحل فنقول الحال لا
تخلو اما ان يكون حال القتال او حال ما بعد الفراغ من القتال وهي ما بعد الاخذ
والاسر اما حال القتال فلا يحل فيها قتل امراة ولا صبي ولا شيخ فان ولا مقعد
ولا يابس الشق ولا اعمى ولا مقطوع اليد والرجل من خلاف ولا مقطوع اليد اليمنى
ولا معتوه ولا راهب في صومعة ولا سائح في الجبال لا يخالط الناس ولا قوم في دير
او كنيسة ترهبوا وطبقوا عليهم الباب اما المراة والصبي فلقوله صلى الله عليه وسلم
لا تقتلوا امراة ولا وليدا وروي عنه صلى الله عليه وسلم راى في بعض غزواته امراة
مقتولة فانكر ذلك وقال ها ما اراها قاتلت فلم قتلت ونهى عن قتل النساء
والصبيان ولانها ولانهم ليسوا من اهل القتال فلا يقتلون ولو قاتل واحد منهم قتل
وكذا لو حرض على القتال او دل على عورات المسلمين او كان الكفرة ينتفعون برايه
او كان مطاعا وان كان امراة او صغيرا لوجود القتال من حيث المعنى وقد روي
ان ربيعة بن رفيع السلمي رضي الله عنه ادرك دريد بن الصمة يوم حنين فقتله
فبلغ ذلك رسول الله صلى الله عليه وسلم ولم ينكر عليه والاصل فيه ان كل من كان
من اهل القتال يحل قتله سواء قاتل او لم يقاتل وكل من لم يكن من اهل القتال لا يحل
قتله الا اذا قاتل حقيقة او معنى بالراي والطاعة والتحريض واشباه ذلك على ما
ذكرنا فيقتل القسيس والسياح الذي يخالط الناس والذي يجن ويفيق والاصم
والاخرس واقطع اليد اليسرى واقطع احدى الرجلين وان لم يقاتلوا لانهم من اهل
القتال ولو قتل واحد ممن ذكرنا الذي لا يحل قتله فلا شيء عليه من دية ولا كفارة
الا التوبة والاستغفار لان دم الكافر لا يتقوم الا بالامان ولم يوجد ويكره للمسلم ان
يبتدئ اباه الكافر الحربي بالقتل لقوله تعالى وصاحبهما في الدنيا معروفا امر بمصاحبة
الابوين الكافرين بالمعروف والابتداء بالقتل ليس من المصاحبة بالمعروف وروي ان حنظلة
غسيل الملائكة استاذن رسول الله صلى الله عليه وسلم في قتل ابيه فنهاه ولان الشرع امر باحيائه

بالنفقة

بالنفقة عليه فالامر بالقتل وفيه افناؤه يكون متناقضا فان قصد الاب قتله يدفعه
عن نفسه وان اتى ذلك على نفسه ولا يكره ذلك لانه من ضرورات الدفع
ولكن لا يقصد بالدفع القتل لانه لا ضرورة الى القصد
والله اعلم واما حال ما بعد الفراغ من القتال وهي حال ما بعد الاسر والاخذ
فكل من لا يحل قتله في حال القتال لا يحل قتله بعد الفراغ من القتال وكل من يحل قتله
في حال القتال اذا قاتل حقيقة او معنى يباح قتله بعد الاخذ والاسر الا الصبي
والمعتوه الذي لا يعقل فانه يباح قتلهما في حال القتال اذا قاتلا حقيقة او
معنى ولا يباح قتلهما بعد الفراغ من القتال اذا اسرا وان قتلا جماعة من
المسلمين في القتال لان القتل بعد الاسر بطريق العقوبة وهما ليسا من
اهل العقوبة فاما القتل في حال القتال فلدفع شر القتال وقد وجد
الشر منهما فابيح لدفع الشر وقد انعدم الشر بالاسر وكان القتل بعده
بطريق العقوبة وهما ليسا من اهلها والله اعلم **فصل** واما بيان من
يسع تركه في دار الحرب ممن لا يحل قتله ومن لا يسع فالامر فيه لا يخلو من احد
وجهين اما ان كان الغزاة قادرين على حمل هولاء واخراجهم الى دار الاسلام واما ان لم
يقدروا عليه فان قدروا على ذلك فان كان المتروك ممن يولد له ولد لا يجوز
تركه في دار الحرب لان في تركهم في دار الحرب عونا لهم على المسلمين باللقاح وان كان
ممن لا يولد له ولد كالشيخ الفاني الذي لا قتال عنده ولا لقاح فان كان ذا راي
ومشورة فلا يباح تركه في دار الحرب لما فيه من المضرة بالمسلمين لانهم يستعينون
على المسلمين برايه وان لم يكن له راي فان شاءوا تركوه لانه لا مضرة لهم في تركه
وان شاءوا اخرجوه لفائدة المفاداة على قول من يرى مفاداة الاسير بالاسير
وعلى قول من لا يرى لا يخرجوه لما انه لا فائدة في اخراجه وكذلك العجوز التي لا
يرجى ولدها وكذلك الرهبان واصحاب الصوامع اذا كانوا حصورا لا يلقحون
وان لم يقدر المسلمون على حمل هولاء ونقلهم الى دار الاسلام لا يحل قتلهم ويتركون
في دار الحرب لان الشرع نهى عن قتلهم ولا قدرة على نقلهم فيتركون ضرورة
واما الحيوان والسلاح اذا لم يقدروا على الاخراج الى دار الاسلام اما الحيوان
فيذبح ثم يحرق بالنار لان لا يمكنهم الانتفاع به واما السلاح فما يمكن احراقه
بالنار يحرق وما لا يحتمل الاحراق كالحديد ونحوه فيدفن بالتراب لئلا يجدوه
فصل واما بيان ما يكره حمله الى دار الحرب وما لا يكره فنقول ليس
للتاجر ان يحمل الى دار الحرب ما يستعين به اهل الحرب على الحرب من الاسلحة

والخيل والرقيق من اهل الذمة وكل ما يستعان به على الحرب لان فيه امدادهم
واعانتهم على حراب المسلمين قال الله تعالى ولا تعاونوا على الاثم والعدوان
ولا يمكن من الحمل وكذا الحربي الذي دخل دار الاسلام لا يمكن من يشتري السلاح ولو
اشترى لا يمكن ان يدخله دار الحرب لما قلنا الا اذا كان دخل دار الاسلام بسلاح
فاستبدله فينظر في ذلك ان كان الذي استبدله خلاف جنس سلاحه مان
استبدل القوس بالسيف ونحو ذلك لا يمكن من ذلك اصلا وان كان بدله من
جنس سلاحه فان كان مثله او اردى منه يمكن منه ولا باس بحمل المتاع والثياب
والطعام ونحو ذلك اليهم لانعدام معنى الامداد والاعانة وعلى ذلك جرت
العادة في تجار الاعصار انهم يدخلون دار الحرب للتجارة من غير
ظهور الرد والانكار عليهم الا ان الترك افضل لانهم يستخفون بالمسلمين ويدعونهم
الى ما هم عليه فكان الكف والامساك عن الدخول من باب صيانة النفس عن
الهوان والدين عن الزوال فكان اولى واما المسافرة بالقران الى دار الحرب
فينظر في ذلك ان كان العسكر عظيما مامونا عليه لا باس بذلك لانهم يحتاجون
الى قراة القران واذا كان العسكر عظيما يقع الامن عن الوقوع في ايدي الكفار
والاستخفاف به وان لم يكن مامونا عليه كالسرية تكره المسافرة به لما فيه
من خوف الوقوع في ايديهم والاستخفاف بالمصحف وهذا لا يجوز وما روي
عن النبي صلى الله عليه وسلم نهى ان يسافر بالقران الى ارض العدو محمول
على المسافرة في هذه الحالة وكذلك حكم اخراج النساء انفسهم الى دار الحرب
على هذا التفصيل ان كان ذلك في جيش عظيم مامون عليه غير مكروه لانهم
يحتاجون الى الطبخ والغسل ونحو ذلك وان كانت سرية لا يومن عليها يكره
اخراجهن لما قلنا والله اعلم **فصل** واما بيان ما يعترض من الاسباب
المحرمة للقتال فنقول وبالله التوفيق الاسباب المعترضة المحرمة للقتال انواع
ثلاثة الايمان والامان والالتجا الى الحرم اما الايمان فالكلام فيه في موضعين احدهما
في بيان ما يحكم به كون الشخص مومنا والثاني في بيان حكم الايمان اما الاول
فنقول الطرق التي يحكم بها كون الشخص مومنا ثلاثة نص ودلالة وتبعية
اما النص فهو ان ياتي بالشهادة او بالشهادتين او ياتي بهما مع التبري مما هو عليه
صريحا وبيان هذه الجملة ان الكفرة اصناف اربعة صنف منهم ينكرون
الصانع اصلا وهم الدهرية المعطلة وصنف منهم يقرون بالصانع وينكرون
توحيده وهم الثنوية والمجوس وصنف منهم يقرون بالصانع وتوحيده وينكرون

ان صح

وان كان اجود منه لا يمكن منه لما قلنا صح

به فكان الدخول به في دار الحرب تعريضا للاستخفاف صح

في الاصل صح

الرسالة اصلا وهم قوم من الفلاسفة وصنف منهم يقرون بالصانع وتوحيده
والرسالة في الجملة ولكنهم ينكرون رسالة رسوله محمد صلى الله عليه وسلم
وهم اليهود والنصارى فان كان من الصنف الاول او الثاني فقال لا اله الا الله
يحكم باسلامه لانهم يمتنعون عن الشهادة اصلا فاذا اقروا بها كان ذلك دليلا
على ايمانهم وكذلك اذا قال اشهد ان محمدا رسول الله لانهم يمتنعون عن كل
واحد من كلمتي الشهادة فكان الاتيان بواحدة منهما ايتهما كانت دلالة الايمان
وان كان من الصنف الثالث فقال لا اله الا الله لا يحكم باسلامه لانه منكر الرسالة
لا يمتنع عن هذه المقالة ولو قال اشهد ان محمدا رسول الله يحكم باسلامه لانه
يمتنع عن هذه الشهادة فكان الاقرار بها دليل الايمان وان كان من الصنف
الرابع فاتى بالشهادتين فقال لا اله الا الله محمد رسول الله لا يحكم باسلامه
حتى يتبرا من الدين الذي هو عليه من اليهودية والنصرانية لان من هولاء من يقر
برسالة محمد صلى الله عليه وسلم ولكنه يقول انه بعث الى العرب دون
غيرهم فلا يكون اتيانه بالشهادتين بدون التبري دليلا على ايمانه وكذا لو قال
يهودي او نصراني انا مومن او مسلم او قال امنت او اسلمت لا يحكم باسلامه
لانهم يدعون انهم مومنون ويسلمون والايمان والاسلام هو الذي هم عليه وروي
الحسن عن ابي حنيفة رحمه الله انه اذا قال اليهودي او النصراني انا مسلم او
قال اسلمت يسئل عن ذلك اي شي اردت به ان قال اردت به ترك اليهودية
او النصرانية والدخول في دين الاسلام يحكم باسلامه حتى لو رجع عن ذلك
يكون مرتدا وان قال اردت بقولي اسلمت اني على الحق ولم ارد بذلك
الرجوع عن ديني لم يحكم باسلامه ولو قال يهودي او نصراني اشهد ان لا اله
الا الله واتبرا عن اليهودية او النصرانية لا يحكم باسلامه لانهم لا يمتنعون
عن كلمة التوحيد والتبري عن اليهودية والنصرانية لا يكون دليل الدخول في دين
الاسلام لاحتمال انه تبرا عن ذلك ودخل في دين اخر سوى الاسلام فلا
يصلح التبري دليل الايمان مع الاحتمال ولو اقر مع ذلك فقال دخلت في دين
الاسلام او في دين محمد صلى الله عليه وسلم حكم باسلامه لزوال الاحتمال بهذه
القرينة واما بيان ما يحكم به كونه مومنا من طريق الدلالة فنحو
ان يصلي فنحو ان يصلي كتابي او واحد من اهل الشرك في جماعة فيحكم باسلامه
عندنا وعند الشافعي لا يحكم باسلامه ولو صلى وحده لا يحكم باسلامه وجه
قول الشافعي رحمه الله ان الصلاة لو صلحت دلالة الايمان لما افترق الحال فيها

له

ويسلمون صح

كلمة صح

بين الانفراد وبين حال الاجتماع ولو صلي وحده لا يحكم باسلامه بعلي ذلك اذا صلي
جماعة ولنا ان الصلاة بالجماعة علي هذه الهيئة التي نصليها اليوم لم تكن
في شرايع من قبلنا وكانت مختصة بشريعة نبينا محمد صلي الله عليه وسلم
فكانت دلالة علي الدخول في دين الاسلام بخلاف ما اذا صلي وحده لان الصلاة
وحده غير مختصة بشريعتنا وروي عن محمد اذا صلي وحده مستقبل القبلة
يحكم باسلامه لان الصلاة مستقبل القبلة دليل الاسلام لقوله صلي الله عليه وسلم واذا
من شهد جنازتنا وصلي الي قبلتنا واكل ذبيحتنا فاشهدوا له بالايمان وعلي هذا الخلاف
اذن في مسجد جماعة يحكم باسلامه عندنا وعند الشافعي رحمه الله لا يحكم
باسلامه لان الاذان من شعاير الاسلام فكان الاتيان به دليل قبول الاسلام ولو
قرا القران او تلقنه لا يحكم باسلامه لاحتمال انه فعل ذلك ليعلم ما فيه من غير ان
يعتقد حقيقته اذ لا كل من شاء يومن به كالمعاندين من الكفرة ولو حج هل يحكم باسلامه
قال ينظر في ذلك ان تهيا للاحرام ولبي وشهد المناسك مع المسلمين يحكم باسلامه
لان عبادة الحج علي هذه الهيئة المخصوصة لم تكن في الشرايع المتقدمة فكانت
مختصة بشريعتنا فكانت دلالة الايمان كالصلاة بالجماعة وان لبي ولم يشهد
المناسك او شهد المناسك ولم يلب لا يحكم باسلامه لانه لا يصير عبادة في
شريعتنا الا بالاداء علي هذه الهيئة والاداء لا علي هذه الهيئة لا يكون دليل الاسلام
ولو شهد شاهدان انهما راياه يصلي سنة وما قالا رايناه يصلي في جماعة وهو
يقول صليت صلاتي لا يحكم باسلامه لانهم يصلون ايضا فلا تكون الصلاة المطلقة
دلالة الاسلام ولو شهد احدهما فقال رايته يصلي في المسجد الاعظم وشهد
الاخر وقال رايته يصلي في مسجد كذا وهو منكر لا تقبل ولكن يجبر علي
الاسلام لان الشاهدين اتفقا علي وجود الصلاة منه بجماعة في المسجد ولكنهما
اختلفا في المسجد وذا يوجب اختلاف المكان لا تغير الفعل وهو الصلاة فقد
اجتمع شاهدان علي فعل واحد حقيقة لكن تغير شهادتهما في الجبر علي الاسلام
لا في القتل لان فعل الصلاة وان كان متحدا حقيقة فهو مختلف صورة لاختلاف
محل الفعل فاورث شبهة في القتل والله اعلم واما الحكم بالاسلام من طريق التبعية
فان الصبي يحكم باسلامه تبعا لابويه عقل او لم يعقل ما لم يسلم بنفسه اذا عقل
ويحكم باسلامه تبعا للدار ايضا والجملة فيه ان الصبي يتبع ابويه في الاسلام والكفر
ولا عبرة بالدار مع وجود الابوين او احدهما لانه لا بد له من دين تجري عليه
احكامه والصبي لا يهتم لذلك اما لعدم عقله واما لقصوره فلا بد وان يجعل تبعا

لغيره

حال صح

الله صح

يعلم صح

لغيره وجعله تبعا للابوين اولي لانه تولد منهما وانما الدار منشا وعند انعدامهما فالدار
التي فيها الصبي تنتقل التبعية الي الدار لان الدار تستتبع الصبي في الاسلام في الجملة كاللقيط
فاذا اسلم احد الابوين فالولد يتبع المسلم لانهما استويا في جهة التبعية وهي
التولد والتفرع فيترجح المسلم بالاسلام لانه يعلو ولا يعلا ولو كان احدهما كتابيا
والاخر مجوسيا فالولد كتابي لان الكتابي الي احكام الاسلام اقرب فكان الاسلام
منه ارجي وبيان هذه الجملة اذا سبي الصبي واخرج الي دار الاسلام فهذا لا يخلو
من ثلاثة اوجه اما ان سبي مع ابويه واما ان سبي مع احدهما واما ان سبي وحده
فان سبي مع ابويه فما دام في دار الحرب فهو علي دين ابويه حتي لو مات لا يصلي
عليه وهذا ظاهر وكذا اذا سبي مع احدهما وكذلك اذا اخرج الي دار الاسلام ومعه
ابواه او احدهما لما بينا فان مات الابوان بعد ذلك فهو علي دينهما حتي يسلم
بنفسه ولا تنقطع تبعية الابوين بموتهما لان بقاء الاصل ليس بشرط لبقاء الحكم
في التبع وان اخرج الي دار الاسلام وليس معه احدهما فهو مسلم لان التبعية انتقلت
الي الدار علي ما بينا ولو اسلم احد الابوين في دار الحرب فهو مسلم تبعا له لان الولد يتبع
خير الابوين دينا لما بينا وكذا لو اسلم احد الابوين في دار الاسلام ثم سبي الصبي
بعده وادخل في دار الاسلام فهو مسلم تبعا له لانه جمعهما دار واحدة لان تبعية
الدار لا تعتبر مع احد الابوين لما ذكرنا فاما قبل الادخال في دار الاسلام فلا
يكون مسلما لانهما في دارين مختلفين واختلاف الدار يمنع التبعية في الاحكام الشرعية
والله اعلم ثم انما يعتبر تبعية الابوين والدار اذا لم يسلم بنفسه وهو
لا يعقل الاسلام فاما اذا اسلم وهو يعقل الاسلام لا تعتبر التبعية ويصح اسلامه
عندنا وعند الشافعي لا يصح واحتج بقوله صلي الله عليه وسلم رفع القلم عن ثلاث
عن الصبي حتي يحتلم وعن المجنون حتي يفيق وعن النائم حتي يستيقظ اخبر ان الصبي
مرفوع القلم والفقه مستنبط منه ولان الصبي لو صح اسلامه اما ان يصح فرضا
واما ان يصح نفلا ومعلوم ان التنفل بالاسلام محال والفرضية بخطاب الشرع
والقلم عنه مرفوع ولان صحة الاسلام من الاحكام الضارة فانه سبب لحرمان
الميراث والنفقة ووقوع الفرقة بين الزوجين والصبي ليس من اهل التصرفات
الضارة ولهذا لم يصح طلاقه وعتاقه ولم يجب عليه الصوم والصلاة فلا يصح
اسلامه ولنا انه امن بالله تعالي عن غيب فيصح ايمانه كالبالغ وهذا
لان الايمان عبارة عن التصديق لغة وشرعا وهو تصديق الله تعالي في جميع ما
انزل علي رسله وتصديق رسله عليهم السلام في جميع ما جاوا به عن الله تعالي

لا يخلو صح

وقد وجد ذلك منه لوجود دليله وهو اقرار العاقل وخصوصا عن طوع فتترتب
عليه الاحكام لانها مبنية على وجود الايمان حقيقة قال الله تعالى ولا تنكحوا
المشركين حتى يومنوا وقال صلى الله عليه وسلم لا يرث المومن الكافر ولا الكافر
المومن قوله انه مرفوع القلم قلنا نعم في الفروع الشرعية فاما الاصول
العقلية فممنوع ووجوب الايمان من الاحكام العقلية فيجب على كل عاقل والحديث
يحمل على الاحكام الشرعية توفيقا بين الدلايل وبه نقول واما حكم الايمان
فنقول وبالله العصمة والنجاة للايمان حكمان احدهما يرجع الى الاخرة والثاني
يرجع الى الدنيا اما الذي يرجع الى الاخره فكينونته المومن من اهل الجنة اذا ختم
عليه قال الله تعالى من جا بالحسنة فله خير منها واما الذي يرجع الى الدنيا فعصمة
النفس والمال لقوله عليه السلام امرت ان اقاتل الناس حتى يقولوا لا اله الا الله
فاذا قالوها عصموا مني دماهم واموالهم الا بحقها الا ان عصمة النفس تثبت مقصودة
وعصمة المال تثبت تبعا لعصمة النفس اذ النفس اصل في التخليق والمال خلق
بذلة للنفس استبقا لها فمتى ثبتت عصمة النفس تثبت عصمة المال تبعا الا اذا
وجد القاطع للتبعية على ما نذكر فعلى هذا اذا اسلم اهل بلدة من اهل الحرب
قبل ان يظهر عليهم المسلمون حرم قتلهم ولا سبيل لاحد على اموالهم على ما قلنا
وقد روي عن رسول الله صلى الله عليه وسلم انه قال من اسلم على مال فهو له ولو
اسلم حربي في دار الحرب ولم يهاجر الينا فقتله مسلم عمدا او خطا فلا شي
عليه الا الكفارة وعند ابي يوسف عليه الدية في الخطا وعند الشافعي عليه الدية
مع الكفاره في الخطا والقصاص في العمد واحتجا بالعمومات الوارده في باب
القصاص والدية من غير فصل بين مومن قتل في دار الاسلام او في دار الحرب
ولنا قوله تعالى وان كان من قوم عدو لكم وهو مومن فتحرير رقبة مومنة
اوجب الكفارة وجعلها كل موجب قتل المومن الذي هو من قوم عدو لنا
لانه جعله جزا والجزا ينبي عن الكفاية فاقتضى وقوع الكفاية بها عما سواها
من القصاص والدية جميعا ولان القصاص لم يشرع الا لحكمة الحياة قال الله تعالى
ولكم في القصاص حياة والحاجة الى الاحيا عند قصد القتل لعداوة حاملة عليه ولا
يكون ذلك الا عند المخالطة ولم توجد ها هنا وعلى هذا اذا اسلم ولم يهاجر
الينا حتى ظهر المسلمون على الدار فما كان في يده من المنقول فهو له ولا يكون فيئا
الا عبدا يقاتل لان نفسه استفاد العصمة بالاسلام وماله الذي في يده تبع له من
كل وجه فكان معصوما تبعا لعصمة النفس الا عبدا يقاتل لانه اذا قاتل فقد

بانه يكون فيئا صح

خرج

خرج من يد المولى فلم يبق تبعا له فانقطعت العصمة لانقطاع التبعية فيكون محلا
للتملك بالاستيلا وكذلك ما كان في يد مسلم او ذمي وديعة له فهو له ولا يكون
فيئا لان يد المودع يده من وجه من حيث انه يحفظ الوديعة له ويد نفسه من حيث
الحقيقة وكل واحد منهما معصوم فكان ما في يده معصوما فلا يكون محلا للتملك
واما ما كان في يد حربي وديعة يكون فيئا عند ابي حنيفة وعندهما يكون له لان
يد المودع يده فكان معصوما والصحيح قول ابي حنيفة لانه من حيث انه يحفظ له
يكون يده فيكون تبعا له فيكون معصوما ومن حيث الحقيقة لا يكون معصوما لان نفس
الحربي غير معصومة فوقع الشك في العصمة فلا تثبت العصمة مع الشك وكذا عقاره
يكون فيئا عند ابي حنيفة وابي يوسف وعند محمد هو والمنقول سوا والصحيح
قولهما لانه من حيث انه يتصرف فيه بحسب مشيته يكون في يده فيكون
تبعا له ومن حيث انه محصن محفوظ بنفسه ليس في يده فلا يكون تبعا فلا
تثبت العصمة مع الشك واما اولاده الصغار فاحرار مسلمون تبعا له واولاده
الكبار وامراته يكونون فيئا لانهم في حكم انفسهم لانعدام التبعية واما الولد
الذي في البطن فهو مسلم تبعا لابيه ورقيق تبعا لامه وفيه اشكال وهو ان
هذا انشا الرق على المسلم وانه ممتنع والجواب ان الممتنع انشا الرق
على من هو مسلم حقيقة لا على من له حكم الوجود والاسلام شرعا هذا اذا اسلم
ولم يهاجر الينا وظهر المسلمون على الدار فلو اسلم وهاجر الينا فظهر المسلمون
على الدار اما امواله فما كان في يد مسلم او ذمي وديعة فهي له ولا يكون فيئا لما
ذكرنا وما سوى ذلك فهو فيء لما ذكرنا ايضا وقيل ما كان في يد حربي وديعة
فهو على الخلاف الذي ذكرنا واما اولاده الصغار فيحكم باسلامهم تبعا لابيهم فلا
يسترقون لان الاسلام يمنع انشا الرق الا رقا يثبت حكما بان كان الولد في بطن
الام واولاده الكبار فيء لانهم في حكم انفسهم فلا يكونون مسلمين باسلام ابيهم وكذلك
زوجته والولد الذي في البطن يكون مسلما تبعا لابيه ورقيقا تبعا لامه ولو
دخل الحربي دار الاسلام ثم اسلم ثم ظهر المسلمون على الدار فجميع امواله واولاده
الصغار والكبار وامراته وما في بطنها فيء لانه لما لم يسلم في دار الحرب وخرج
الينا لم تثبت العصمة لماله لانعدام عصمة النفس فبعد ذلك وان صارت معصومة
لكن بعد تباين الدارين وانه يمنع ثبوت التبعية ولو دخل مسلم او ذمي دار الحرب
فاصاب هناك مالا ثم ظهر المسلمون على الدار فحكمه حكم الذي اسلم من اهل الحرب
ولم يهاجر الينا مسلما سوا والله اعلم واما الامان فنقول الامان في الاصل نوعان

أمان موقت وأمان مؤبد أما الموقت فنوعان أيضا أحدهما الأمان المعروف
وهو أن يحاصر الغزاة مدينة أو حصنا من حصون الكفرة فيستأمنهم الكفار
فيؤمنونهم والكلام فيه في مواضع في بيان ركن الأمان وفي بيان شرائط الركن
وفي بيان حكم الأمان وفي بيان صفة الأمان وفي بيان ما ينتقض به الأمان
أما ركنه فهو اللفظ الدال على الأمان نحو قول القائل أمنتكم أو أنتم آمنون
أو أعطيتكم الأمان وما يجري هذا المجرى وأما شرائط الركن فأنواع
منها أن يكون في حال يكون بالمسلمين ضعف وبالكفرة قوة لأن القتال
فرض والأمان يتضمن تحريم القتال فيتناقض إلا إذا كان في حال ضعف
المسلمين وقوة الكفرة لأنه إذ ذاك يكون قتالا معنى لوقوعه وسيلة إلى
الاستعداد للقتال فلا يؤدي إلى التناقض ومنها العقل فلا يجوز أمان
المجنون والصبي الذي لا يعقل لأن العقل شرط أهلية التصرف ومنها
البلوغ وسلامة العقل عن الآفة عند عامة العلماء وعند محمد ليس بشرط
حتى أن الصبي المراهق الذي يعقل الإسلام أو البالغ المختلط العقل إذا أمن لا
يصح عند العامة وعند محمد يصح وجه قوله أن أهلية الأمان مبنية
على أهلية الإيمان والصبي الذي يعقل الإيمان من أهل الإيمان فيكون من أهل الأمان
كالبالغ ولنا أن الصبي ليس من حكم الأمان فلا يكون من أهل الأمان وهذا
لأن حكم الأمان حرمة القتال وخطاب التحريم لا يتناوله ولأن من شرط
صحة الأمان أن يكون بالمسلمين ضعف وبالكفرة قوة وهذه حالة خفية
لا يوقف عليها إلا بالتأمل والنظر ولا يوجد من الصبي لاشتغاله باللهو
واللعب ومنها الإسلام فلا يصح أمان الذمي وإن كان يقاتل مع المسلمين
لأنه متهم في حق المسلمين فلا يؤمن خيانته ولأنه إذا كان متهما فلا يدرى
أنه بنى أمانه على مراعاة مصلحة المسلمين من التفريق عن حال القوة والضعف
أم لا فيقع الشك في وجود شرط الصحة فلا يصح مع الشك وأما الحرية
فليست بشرط لصحة الأمان فيصح أمان العبد المأذون في القتال بالإجماع وهل
يصح أمان العبد المحجور عن القتال اختلف فيه قال أبو حنيفة وأبو يوسف لا
يصح وقال محمد يصح وهو قول الشافعي وجه قوله ما روي عن رسول الله
صلى الله عليه وسلم أنه قال المسلمون تتكافأ دماؤهم ويسعى بذمتهم
أدناهم والذمة العهد والأمان نوع عهد والعبد المسلم أدنى المسلمين فيتناوله
الحديث ولأن حجر المولى يعمل في التصرفات الضارة دون النافعة بل هو في التصرفات

أهل صح

ذلك صح

النافعة

النافعة غير محجور كقبول الهدية والصدقة ولا مضرة للمولى في أمان العبد
بتعطل منافعه عليه لأنه يتأدى في زمان قليل وله ولسائر المسلمين فيه منفعة بل
فلا يظهر انحجاره عنه فأشبه المأذون بالقتال وجه قولهما أن الأصل
في الأمان أن لا يجوز لأن القتال فرض والأمان يحرم القتال إلا إذا وقع
في حال يكون بالمسلمين ضعف وبالكفرة قوة لوقوعه وسيلة إلى الاستعداد
للقتال في هذه الحالة فيكون قتالا معنى إذ الوسيلة إلى الشيء حكمه حكم ذلك
الشيء وهذه حالة لا تعرف إلا بالتأمل والنظر في حال المسلمين في قوتهم وضعفهم
والعبد المحجور لاشتغاله بخدمة مولاه لا يقف عليهما فكان أمانه تركا
للقتال المفروض صورة ومعنى فلا يجوز وبهذا فارق المأذون لأن المأذون
بالقتال يقف على هذه الحالة فيقع أمانه وسيلة إلى القتال فكان إقامة
للفرض معنى فهو الفرق وأما الحديث فلا يتناول المحجور لأن الأدنى إما
أن يكون من الدناءة وهي الخساسة وإما أن يكون من الدنو وهو القرب والأول
ليس بمراد لأن الحديث تناول المسلمين بقوله المسلمون تتكافأ دماؤهم ولا خساسة
مع الإسلام والثاني لا يتناول المحجور لأنه لا يكون في صف القتال فلا يكون
أقرب إلى الكفرة والله أعلم وكذلك الذكورة ليس بشرط فيصح أمان المرأة لأنها
بما معها من العقل لا تعجز عن الوقوف على حال القوة والضعف وقد روي أن زينب
بنت النبي صلى الله عليه وسلم رضي عنها أمنت زوجها أبا العاص وأجاز رسول الله
صلى الله عليه وسلم أمانها وكذلك السلامة عن العمى والزمانة والمرض ليست
بشرط فيصح أمان الأعمى والزمن والمريض لأن الأصل في صحة الأمان صدوره عن
عن رأي ونظر في الأحوال الخفية من الضعف والقوة وهذه العوارض لا تقدح فيه
ولا يجوز أمان التاجر في دار الحرب والأسير فيها والأسير الذي أسلم هناك لأن
هؤلاء لا يقفون على حال الغزاة من القوة والضعف فلا يعرفون الأمان مصلحة
ولأنهم متهمون في حق الغزاة لكونهم مقهورين في أيدي الكفرة وكذلك الجماعة
ليست بشرط فيصح أمان الواحد لقوله صلى الله عليه وسلم ويسعى بذمتهم أدناهم
ولأن الوقوف على حال القوة والضعف لا يقف على رأي الجماعة فيصح من الواحد
وسواء من جماعة كثيرة أو قليلة أو أهل مصر أو قرية فذلك جائز وأما
حكم الأمان فهو ثبوت الأمن للكفرة لأن لفظ الأمان يدل عليه وهو قوله
أمنت فيثبت الأمن لهم عن القتل والسبي والاستغنام فيحرم على المسلمين قتل
رجالهم وسبي نسائهم وذراريهم واستغنام أموالهم وأما صفته فهو عقد غير

انه صح

لازم حتى لو راى الامام المصلحة في النقض ينقض لان جوازه مع انه يتضمن ترك القتال
المفروض للمصلحة فاذا صارت المصلحة في النقض ينقض واما بيان ما ينتقض
به الامان فالامر فيه لا يخلو من احد وجهين اما ان كان الامان مطلقا واما ان كان
موقتا الى وقت معلوم فان كان مطلقا فانتقاضه يكون بطريقين احدهما
نقض الامام فاذا نقض الامام انتقض لكن ينبغي ان يخبرهم بالنقض ثم يقاتلهم
لئلا يكون منهم غدر في العهد والثاني ان يجئ اهل الحصن بالامان الى الامام
فينتقض واذا جاؤا الامام بالامان ينبغي ان يدعوهم الى الاسلام فان ابوا فالى
الذمة فان ابوا ردهم الى مامنهم ثم قاتلهم احترازا عن الغدر وان ابوا الاسلام
والجزية وابوا ان يلحقوا بمامنهم فان الامام يؤجلهم على ما يرى فان رجعوا الى
مامنهم في الاجل المضروب والا صاروا ذمة لا يمكنون بعد ذلك ان يرجعوا
الى مامنهم لان مقامهم بعد الاجل المضروب التزام الذمة دلالة وان كان
الامان موقتا الى وقت معلوم ينتهي بمضي الوقت من غير الحاجة الى النقض
ولهم ان يقاتلوهم الا اذا دخل واحد منهم دار الاسلام فمضى الوقت وهو فيه
فهو امن حتى يرجع الى مامنه والله اعلم هذا اذا حاصر الغزاة مدينة او
حصنا من حصون الكفرة فجاؤا فاستامنوهم فاما اذا استنزلوهم على الحكم
فهذا على وجهين اما ان استنزلوهم على حكم الله تعالى واما ان استنزلوهم على
حكم العباد بان استنزلوهم على حكم رجل فان استنزلوهم على حكم الله تعالى جاز
انزالهم عليه عند ابي يوسف والخيار الى الامام ان شاء قتل مقاتليهم وسبى
نساهم وذراريهم وان شاء سبى الكل وان شاء جعلهم ذمة وعند محمد لا يجوز
الانزال على حكم الله تعالى فلا يجوز قتلهم واسترقاقهم ولكنهم يدعون الى
الاسلام فان ابوا جعلوا ذمة واحتج محمد بما روي عن رسول الله صلى الله عليه وسلم
انه قال في وصايا الامرا عند بعث الجيش واذا حاصرتم مدينة او حصنا فارادوكم
ان تنزلوهم على حكم الله تعالى فلا تنزلوهم على حكم الله تعالى فانكم لا تدرون ما حكم الله
تعالى فيهم نهى رسول الله صلى الله عليه وسلم عن الانزال على حكم الله تعالى ونبه على
المعنى وهو ان حكم الله تعالى غير معلوم وكان الانزال من الامام قضا بالمجهول وانه
لا يصح واذا لم يصح الانزال على حكم الله تعالى فيدعون الى الاسلام فان اجابوا
فهم احرار مسلمون لا سبيل على انفسهم واموالهم وان ابوا الا يقتلهم الامام ولا
يسترقهم ولكن يجعلهم ذمة فان طلبوا من الامام ان يبلغهم مامنهم لم يجبهم
اليه لانه لو ردهم الى مامنهم لصاروا حربا عليه وجه قول ابي يوسف ان

كان صح

جاؤا صح

رواه مسلم من حديث بريدة

على حكم الله صح

لنا

الاستنزال

الاستنزال على حكم الله تعالى هو الاستنزال على الحكم المشروع للمسلمين في حق الكفرة
والقتل والسبي وعقد الذمة كل ذلك حكم مشروع في حقهم فجاز الانزال عليه
قوله ان ذلك مجهول لا يدري المنزل عليه اي حكم هو **قلنا**
نعم لكن يمكن الوصول اليه والعلم به لوجود سبب العلم وهو الاختيار وهذا
يكفي لجواز الانزال عليه كما قلنا في الكفارات ان الواجب احد الاشيا الثلاثة
وذلك غير معلوم ثم لم يمنع ذلك تعلق التكليف به لوجود سبب العلم به
وهو اختيار المكلف كذا هذا يدل عليه انه يجوز الانزال على حكم العباد
بالاجماع والانزال على حكم العباد انزال على حكم الله تعالى حقيقة اذ العبد
لا يملك انشا الحكم من نفسه قال الله تعالى ولا يشرك في حكمه احدا وقال
ان الحكم الا لله ولكنه يظهر حكم الله المشروع في الحادثة ولهذا قال
رسول الله صلى الله عليه وسلم لسعد بن معاذ رضي الله عنه لقد حكمت بحكم الله
من فوق سبعة ارقعة واما الحديث فيحتمل انه مصروف الى زمان
جواز ورود النسخ وهو حال حياة النبي صلى الله عليه وسلم وقد انعدم هذا المعنى
بعد وفاته لخروج الاحكام عن احتمال النسخ بوفاته صلى الله عليه وسلم واذا
جاز الانزال على حكم الله تعالى عند ابي يوسف فالخيار فيه الى الامام فايما كان
افضل للمسلمين من القتل والسبي والذمة فعل لان كل ذلك حكم الله تعالى
المشروع للمسلمين في حق الكفرة فان اسلموا قبل الاختيار فهم احرار مسلمون
لا سبيل لاحد عليهم ولا على اموالهم والارض لهم وهي عشرية ولذلك اذا جعلهم
ذمة فهم احرار ويضع على اراضيهم الخراج فان اسلموا على توظيف الخراج
صارت عشرية هذا اذا كان الانزال على حكم الله تعالى فاما اذا كان
على حكم العباد بان استنزلوهم على حكم رجل فهذا لا يخلو من احد وجهين
اما ان استنزلوا على حكم رجل معين بان قالوا على حكم فلان لرجل سموه واما
ان استنزلوهم على حكم رجل غير معين فان كان الاستنزال على حكم رجل معين
فنزلوا على حكمه فحكم عليهم بشيء مما ذكرنا وهو رجل عاقل مسلم حر غير
محدود في قذف جاز بالاجماع لما روي ان بني قريظة لما حاصرهم رسول
الله صلى الله عليه وسلم خمسا وعشرين ليلة استنزلوا على حكم سعد بن معاذ
فحكم سعد رضي الله عنه بان تقتل رجالهم وتقسم اموالهم وتسبى نساوهم وذراريهم
فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم لقد حكمت بما حكم الله تعالى من فوق سبعة ارقعة
فقد استصوب رسول الله صلى الله عليه وسلم حكمه حيث اخبر ان ما حكم به حكم الله

الثلاث صح

المكلف صح

ل

لانعدام استقرار الاحكام الشرعية في حياته صلى الله عليه وسلم فنهى عن الانزال على حكم الله تعالى لئلا يكون الانزال على الحكم المنسوخ عسى لاحتمال النسخ فيما يلي ذلك صح

تقدم قريبا

جمع الرقيع و الرقيع السما كذا في

تعالى لان حكم الله تعالى لا يكون الا صوابا وليس للحكم ان يحكم بردهم الى دار الحرب
فان حكم فهو باطل لانه حكم غير مشروع لما بينا انهم بالرد يصيرون حربا علينا
وان كان الحكم صبيا او عبدا لم يجز حكمه بالاجماع وان كان فاسقا او محدودا في
القذف لم يجز حكمه عند ابي يوسف وعند محمد يجوز وجه قول محمد
ان الفاسق يصلح قاضيا فيصلح حكما بالطريق الاولى وجه قول ابي يوسف
ان المحدود في القذف لا يصلح حكما لانه ليس من اهل الولاية ولهذا لم يصلح قاضيا وكذا
الفاسق لا يصلح حكما وان صلح قاضيا لكنه لا يلزم قضاوه ولهذا لو رفعت
قضيته الى قاض اخر ان شا امضاه وان شا رده وان كان ذميا جاز حكمه على
الكفرة لانه من اهل الشهادة على جنسه وان نزلوا على حكم رجل يختارونه فاختاروا
رجلا فان كان موضعا للحكم جاز حكمه وان لم يكن موضعا للحكم لا يقبل منهم حتى
يختاروا رجلا موضعا للحكم فان لم يختاروا ابلغهم الامام مامنهم لان النزول كان على شرط وهو
حكم رجل يختارونه فاذا لم يختاروا فقد بقوا في يد الامام بالامان فيردهم الى
مامنهم الا انه لا يردهم الى حصن هو احصن من الاول ولا الى جند يمتنعون به لان
الرد الى المامن للتحرز عن توهم الغدر وانه يحصل بالرد الى ما كانوا عليه فلا ضرورة
في الرد الى غيره وان نزلوا على حكم رجل غير معين فللامام ان يعين رجلا صالحا
للحكم فيهم او يحكم بنفسه بما هو افضل للمسلمين والله اعلم والثاني الموادعة
وهي المعاهدة والصلح على ترك القتال يقال توادع الفريقان اي تعاهدا
على ان لا يغزو كل واحد منهما صاحبه والكلام في الموادعة في مواضع في بيان
ركنها وشرطها وحكمها وصفتها وما تنتقض به اما ركنها فهو لفظة الموادعة
او المسالمة او المصالحة او المعاهدة او ما يودي معنى هذه العبارات وشرطها
الضرورة وهي ضرورة استعداد القتال بان كان بالمسلمين ضعف وبالكفرة قوة
او المجاوزة الى قوم اخرين فلا يجوز عند عدم الضرورة ولان الموادعة ترك
القتال المفروض ولا يجوز الا في حال يقع وسيلة الى القتال لانها حينيذ تكون قتالا معنى
وقال الله تعالى ولا تهنوا وتدعوا الى السلم وانتم الاعلون والله معكم وعند تحقق
الضرورة لا باس به لقوله تعالى وان جنحوا للسلم فاجنح لها وتوكل على الله وقد روي
ان رسول الله صلى الله عليه وسلم وادع اهل مكة عام الحديبية على ان توضع الحرب عشر سنين ولا
يشترط اذن الامام بالموادعة حتى لو وادعهم الامام او فريق من المسلمين من غير اذن الامام
جازت موادعته ونفذت على الكل لان المعول عليه كون عقد الموادعة مصلحة للمسلمين وقد وجد ولا
باس ان ياخذ المسلمون على ذلك جعلا لان ذلك في معنى الجزية ويوضع موضع الخراج في

بيت

بيت المال ولا باس ان يطلب المسلمون الصلح من الكفرة ويعطوا على ذلك مالا اذا اضطروا
اليه لقوله تعالى وان جنحوا للسلم فاجنح لها اباح لنا الصلح مطلقا فيجوز ببدل وبغير
بدل ولان الصلح على مال لدفع شر الكفرة للحال والاستعداد للقتال في الثاني من باب
المجاهدة بالمال والنفس فيكون جايزا ويجوز موادعة المرتدين اذا غلبوا على دار
من دور المسلمين وخيف منهم ولم يومن غائلتهم لما فيه من مصلحة دفع الشر للحال ورجاء رجوعهم الى الاسلام صح وتوبتهم ولا يوخذ منهم على ذلك مال لان ذلك في معنى الجزية
ولا توخذ الجزية من المرتدين فان اخذ منهم شي لا يرد لانه مال غير معصوم الا
ترى ان اموالهم محل للاستيلا كاموال اهل الحرب وكذلك البغاة تجوز موادعتهم لانه
لما جازت موادعة الكفرة فلان تجوز موادعة المسلمين اولى ولكن لا يوخذ منهم
على ذلك مال لان المال الماخوذ على ترك القتال يكون في معنى الجزية ولا توخذ
الجزية الا من كافر واما حكم الموادعة فما هو حكم الامان المعروف وهو ان يامن
الموادعون على انفسهم واموالهم ونسايهم وذراريهم لانها عقد امان ايضا ولو
خرج قوم من الموادعين الى بلدة اخرى ليست بينهم وبين المسلمين موادعة فغزا
المسلمون تلك البلدة فهولا امنون لا سبيل لاحد عليهم لان عقد الموادعة افاد
الامان فلا ينتقض بالخروج الى موضع اخر كما في الامان الموبد وهو عقد الذمة انه
لا يبطل بدخول الذمي دار الحرب كذا هذا ولكن لو دخل في دار الموادعة رجل
من غير دارهم بامان ثم خرج الى دار الاسلام بغير امان فهو امن لانه لما دخل دار
الموادعين بامانهم صار كواحد من جملتهم فلو عاد الى داره ثم دخل دار الاسلام بغير
امان كان لنا ان نقتله ونأسره لانه لما رجع الى داره فقد خرج من ان يكون من اهل
دار الموادعة فبطل حكم الموادعة في حقه فاذا دخل دار الاسلام فهذا حربي
دخل دار الاسلام ابتداء بغير امان ولو اسر واحد من الموادعين اهل دار اخرى فغزا المسلمون
على تلك الدار كان فيا وقد ذكرنا انه لو دخل اليهم تاجرا فهو امن ووجه
الفرق انه لما اسر فقد انقطع حكم دار الموادعة في حقه واذا دخل تاجرا لم ينقطع
واما صفة عقد الموادعة فهو انه عقد غير لازم محتمل للنقض فللامام ان ينبذ
اليهم لقوله تعالى واما تخافن من قوم خيانة فانبذ اليهم على سوا فاذا وصل
النبذ الى ملكهم فلا باس للمسلمين ان يغزوا عليهم لان الملك يبلغ قومه ظاهرا
الامام
اذا استيقن المسلمون ان خبر النبذ لم يبلغ قومه ولم يعلموا به فلا احب ان يغزوا
عليهم لان الخبر اذا لم يبلغهم فهم على حكم الامان الاول فكان قتالهم منا غدرا
وتغريرا وكذلك اذا كان النبذ من جهتهم بان ارسلوا الينا رسولا بالنبذ واخبروا
الامام بذلك فلا باس للمسلمين ان يغزوا عليهم لما قلنا الا اذا استيقن المسلمون

ان اهل ناحية لم يعلموا بذلك لما بينا ولو وادع الامام على جعل اخذه منهم ثم بدا له ان
ينقض فلا باس به لما بينا ان العقد غير لازم فكان محتملا للنقض ولكن يبعث اليهم بحصة
ما بقي من المدة من الجعل الذي اخذه لانه انما اعطوه ذلك بمقابلة الامان في كل المدة
فاذا فات بعضها لزم الرد بقدر الفائت هذا اذا وقع الصلح على ان يكونوا مبقين
على احكام الكفر فاما اذا وقع الصلح على ان تجري عليهم احكام الاسلام فهو لازم لا
يحتمل النقض لان الصلح الواقع على الوجه عقد ذمة فلا يجوز للامام ان ينبذ اليهم
والله اعلم واما بيان ما ينتقض به عقد الموادعة فالجملة فيه ان عقد الموادعة
اما ان كان مطلقا عن الوقت واما ان كان موقتا بوقت معلوم فان كان مطلقا عن
الوقت فالذي ينتقض به نوعان نص ودلالة فالنص هو النبذ من الجانبين
صريحا واما الدلالة فهو ان يوجد منهم ما يدل على النبذ نحو ان يخرج قوم
من دار الموادعة من غير اذن الامام فيقطعوا الطريق في دار الاسلام فان كانوا جماعة
لا منعة لهم لا يكون ذلك نقضا للعهد لان قطع الطريق بلا منعة لا يصلح دلالة
النقض الا ترى انه لو نص واحد منهم على النقض لا ينتقض كما في الامان المؤبد
وهو عقد الذمة وان كانوا جماعة لهم منعة فخرجوا بغير اذن الامام ولا اذن اهل
مملكته فالملك واهل مملكته على موادعتهم لانعدام دلالة النقض من جهتهم
وان كان موقتا بوقت معلوم ينتهي العقد بانتهاء الوقت من غير الحاجة الى النبذ
حتى كان للمسلمين ان يغزوا عليهم لان العقد الموقت الى غاية ينتهي بانتهاء الغاية
من غير الحاجة الى الناقض ولو كان واحد منهم دخل دار الاسلام بالموادعة
الموقتة فمضى الوقت وهو في دار الاسلام فهو امن حتى يرجع الى مامنه لان
التعرض لهم يوهم الغدر والتغرير فيجب التحرج عنه ما امكن والله اعلم واما
الامان المؤبد فهو المسمى بعقد الذمة والكلام فيه في مواضع في بيان ركن العقد
وفي بيان شرائط الركن وفي بيان حكم العقد وفي بيان صفة العقد وفي بيان ما
يؤخذ به اهل الذمة وما يتعرض له وما لا يتعرض له اما ركن العقد فنوعان
نص ودلالة اما النص فهو لفظ يدل على قبول الجزية نحو ان يدخل حربي
في دار الاسلام بامان واقام بها سنة بعد ما تقدم اليه في ان يخرج او يكون
ذميا والاصل ان الحربي اذا دخل دار الاسلام بامان ينبغي للامام ان يتقدم اليه
فيضرب له مدة معلومة على حسب ما يقتضي رايه ويقول له ان جاوزت
المدة جعلتك من اهل الذمة فاذا جاوزها صار ذميا لانه لما قال له ذلك فلم يخرج
حتى مضت المدة فقد رضي بصيرورته ذميا فاذا اقام سنة من يوم قال له الامام

منهم صح

هذا صح

باذن الامام ويقطعوا الطريق في دار الاسلام لان اذن الامام بذلك دلالة النبذ ولو خرج قوم صح

يدل عليه وهو لفظ العقد او العهد على وجه مخصوص واما الدلالة فهي فعل صح

اخذ

اخذ منه الجزية ولا يتركه يرجع الى وطنه بعد ذلك وان خرج قبل تمام السنة
فلا سبيل عليه ولو قال له الامام عند الدخول ادخل ولا تمكث سنة فمكث سنة
صار ذميا ولا يمكن من الرجوع الى وطنه لما قلنا ولو اشترى المستامن ارض
خراج فاذا وضع عليه الخراج صار ذميا لان وظيفة الخراج تختص بالمقام في
دار الاسلام فاذا قبلها فقد رضي بكونه من اهل دار الاسلام فيصير ذميا ولو
باعها قبل ان يجب خراجها لم يصر ذميا لان الخراج على الاجر دون المستاجر فلا
يدل على التزام الذمة الا اذا كان خراج مقاسمة فاذا اخرجت الارض واخذ
الامام الخراج من الخارج وضع عليه الجزية وجعله ذميا ولو اشترى المستامن
ارض المقاسمة واجرها من رجل من المسلمين فاذا اخذ الامام الخراج من ذلك لا
يصير المستامن ذميا لما بينا ان نفس الشرا لا يدل على الالتزام بل دليل الالتزام
هو وجوب الخراج عليه ولم يجب ولو اشترى الحربي المستامن ارض خراج
فزرعها فاخرجت زرعا فاصاب الزرع افة لا يصير ذميا لانه اذا اصاب
الزرع افة لم يجب الخراج فصار كانه لم يزرعها فبقي نفس الشرا وانه لا يصلح
دليل قبول الذمة ولو وجب على المستامن الخراج في اقل من سنة منذ
يوم ملكها صار ذميا لانه عقد الذمة نصا فيعتبر ابتدا العقد من حين
وجوب الخراج فيوخذ خراج الراس بعد تمام السنة من ذلك الوقت ولو
تزوجت الحربية المستامنة في دار الاسلام ذميا صارت ذمية ولو تزوج
الحربي المستامن في دار الاسلام ذمية لم يصر ذميا ووجه الفرق ان المراة
تابعة لزوجها فاذا تزوجت بذمي فقد رضيت بالمقام في دارنا فصارت
ذمية تبعا لزوجها فاما الزوج فليس بتابع للمراة فلا يكون تزوجه اياها
دليل الرضا بالمقام في دار الاسلام فلا يصير ذميا والله اعلم واما شرايط
الركن فانواع منها ان لا يكون المعاهد من مشركي العرب فانه لا يقبل منهم
الا الاسلام او السيف لقوله تعالى اقتلوا المشركين حيث وجدتموهم الى قوله
فخلوا سبيلهم امر بقتل المشركين ولم يامر بتخلية سبيلهم الا عند توبتهم وهي
الاسلام ويجوز عقد الذمة مع اهل الكتاب لقوله تعالى قاتلوا الذين لا يؤمنون
بالله ولا باليوم الاخر الى قوله من الذين اوتوا الكتاب الاية وسوا كانوا من
العرب او من العجم لعموم النص ويجوز مع المجوس لانهم ملحقون باهل الكتاب
في حق الجزية لما روي عن رسول الله صلى الله عليه وسلم انه قال في المجوس سنوا
بهم سنة اهل الكتاب وكذلك فعل عمر رضي الله عنه بسواد العراق وضرب

لان دليل قبول الذمة وجوب الخراج لا نفس الشرا فما لم يوضع عليه الخراج لا يصير ذميا ولو استاجر ارضا خراجية فزرعها لم يصر ذميا صح

حين وجب الخراج ويوخذ منه خراج راسه بعد سنة مستقبلة لانه لو وجب خراج الارض صار ذميا صح

الجزية على جماجمهم والخراج على اراضيهم ثم وجه الفرق بين مشركي العرب
وغيرهم من اهل الكتاب ومشركي العجم ان اهل الكتاب انما تركوا بالذمة وقبول
الجزية لا لرغبة فيما يوخذ منهم او طمع في ذلك بل للدعوة الى الاسلام ليخالطوا
المسلمين فيتاملوا في محاسن الاسلام وشرايعه وينظروا فيها فيروها موسسة
على ما تحتمله العقول وتقبله فيدعوهم ذلك الى الاسلام ويرغبون فيه فكان عقد
الذمة لرجا الاسلام وهذا المعنى لا يحصل بعقد الذمة مع مشركي العرب
لانهم اهل تقليد وعادة لا يعرفون سوى العاده وتقليد الابا بل يعدون
ما سوى ذلك سخرية وجنونا فلا يشتغلون بالتامل والنظر في محاسن
الشريعة ليقفوا عليها فيدعوهم الى الاسلام فتعين السيف داعيا لهم الى الاسلام
ولهذا لم يقبل لهم رسول الله صلى الله عليه وسلم منهم الجزية ومشركوا العجم
ملحقون باهل الكتاب في هذا الحكم بالنص الذي روينا ومنها
ان لا يكون مرتدا فانه لا يقبل من المرتد ايضا الا الاسلام او السيف لقوله
تعالى تقاتلونهم او يسلمون قيل ان الاية نزلت في الردة من بني حنيفة ولان
العقد في حق المرتد لا يقع وسيلة الى الاسلام لان الظاهر انه لا ينتقل عن
دين الاسلام بعد ما عرف محاسنه وشرايعه المحموده في المعقول الا لسوء
اختياره وشوم طبعه فيقع الياس عن فلاحه فلا يكون عقد الذمة لما ذكرنا
في كتاب النكاح ان عند ابي حنيفة هم قوم من اهل الكتاب يقرون
الزبور وعندهما هم قوم يعبدون الكواكب فكانوا في حكم عبدة الاوثان
فيوخذ منهم الجزية اذا كانوا من العجم والله اعلم ومنها ان يكون مويدا
فان وقت له وقتا لم يصح عقد الذمة لان عقد الذمة في افادة العصمة كالخلف
عن عقد الاسلام وعقد الاسلام لا يصح الا موبدا فكذا عقد الذمة واما
بيان حكم العقد فنقول وبالله التوفيق ان لعقد الذمة احكاما منها
عصمة النفس لقوله تعالى قاتلوا الذين لا يؤمنون بالله الى قوله حتى يعطوا الجزية
عن يد وهم صاغرون انهى اباحة القتال الى غاية قبول الجزية واذا انتهت
الاباحة تثبت العصمة ضرورة ومنها عصمة المال لانها تابعة لعصمة
النفس وعن علي رضي الله عنه انه قال انما قبلوا عقد الذمة لتكون اموالهم كاموالنا
ودماؤهم كدمائنا ومنها وجوب الجزية والكلام في الجزية في مواضع
في بيان وجوب الجزية وفي بيان شرايط الوجوب وفي بيان وقت الوجوب
وفي بيان مقدار الواجب وفي بيان ما يسقط به بعد الوجوب اما الاول

فينا ملوا صح
ذلك صح
اهل صح
وقبول الجزية في حقه وسيلة الى الاسلام
واما الصابئون فيعقد لهم الذمة صح
سبب صح

فسبب وجوبها عقد الذمة واما شرايط الوجوب فانواع منها العقل ومنها البلوغ
ومنها الذكورة فلا تجب على الصبيان والمجانين والنسا لان الله تعالى اوجب الجزية
على من هو من اهل القتال بقوله قاتلوا الذين لا يومنون بالله ولا باليوم الاخر الاية
والمقاتلة مفاعلة من القتال وهولا ليسوا من اهل القتال فلا تجب عليهم ومنها
الصحة فلا تجب على المريض اذا مرض السنة كلها لان المريض لا يقدر على القتال وكذلك
ان مرض اكثر السنة وان صح اكثر السنة وجبت لان للاكثر حكم الكل ومنها
السلامة عن الزمانة والعمى والكبر في ظاهر الرواية فلا تجب على الزمن والاعمى
والشيخ الكبير وروي عن ابي يوسف انها ليست بشرط وتجب على هولا اذا كان لهم
مال والصحيح جواب ظاهر الرواية لان هولا ليسوا من اهل القتال عادة الا ترى
انهم لا يقتلون وكذا الفقير الذي لا يعتمل لا جزية عليه لانه لا يقدر على العمل لا يكون
من اهل القتال واما اصحاب الصوامع فعليهم الجزية اذا كانوا قادرين على
العمل لانهم من اهل القتال فان لم يعملوا مع القدرة على العمل لا يمنع الوجوب
كما اذا كان له ارض خراج فلم يزرعها مع القدرة على الزراعة لا يسقط عنه الخراج
ومنها الحرية فلا تجب على العبيد فان العبد ليس من اهل ملك المال واما
وقت الوجوب فاول السنة لانها تجب لحقن الدم في المستقبل فلا تؤخر
الى اخر السنة ولكن يوخذ في كل شهر من الفقير درهم ومن الوسط درهمين
ومن الغني اربعة دراهم واما بيان مقدار الواجب فنقول وبالله التوفيق والعصمة
الجزية على ضربين جزية توضع بالتراضي وهو الصلح وذلك يتقدر بقدر ما
وقع عليه الصلح كما صالح رسول الله صلى الله عليه وسلم بني نجران على الف وماتي
حلة وجزية يضعها الامام عليهم من غير رضاهم بان ظهر الامام على ارض
الكفار واقرهم على املاكهم وجعلهم ذمة وذلك على مراتب لان اهل الذمة على ثلاث
مراتب اغنيا واوساط وفقرا يضع على الغني ثمانية واربعين درهما وعلى الوسط
اربعة وعشرين درهما وعلى الفقير المعتمل اثنا عشر درهما لما روي عمر رضي الله عنه
انه امر عثمان بن حنيف حين بعثه الى السواد ان يضع هكذا وكان ذلك من عمر
بمحضر من المهاجرين والانصار رضي الله عنهم ولم ينكر عليه فهو كالاجماع على ذلك
مع انه لا يحتمل ان يكون من عمر رضي الله عنه راياً لان المقدرات سبيل معرفتها
التوقيف والسمع لا العقل فهو كالمسموع من رسول الله صلى الله عليه وسلم ثم
اختلف في تفسير الغني في هذا الباب والوسط والفقير قال بعضهم من لم يملك
نصابا تجب فيه مثله الزكاة على المسلمين وهو ماتا درهم فهو فقير ومن ملك مايتا

فيستدعي اهلية القتال من الجانبين فلا تجب على من ليس من اهل القتال صح
انه صح ط كذا هذا صح
ثلث صح
عن صح
احد صح

درهم فهو من الاوساط ومن ملك اربعة الاف درهم فهو من الاغنيا لما روي عن علي
وعبد الله بن عمر رضي الله عنهم انهما قالا اربعة الاف فما دونها نفقة وما فوق
ذلك كنز جعل من ملك ماتي درهم الي عشرة الاف فما دونها فهو من الاوساط
ومن ملك زيادة علي عشرة الاف فهو من الاغنيا والله اعلم واما ما يسقطها
بعد الوجوب فانواع منها الاسلام ومنها الموت عندنا فان الذمي اذا اسلم او
مات سقطت الجزية عندنا وعند الشافعي لا تسقط بالموت والاسلام وجه
قوله ان الجزية وجبت عوضا عن العصمة لقوله تعالي قاتلوا الذين لا يومنون بالله الي
قوله حتي يعطوا الجزية اباح دما اهل الكتاب ثم حقنها بالجزية فكانت الجزية
عوضا عن حقن الدم وقد حصل المعوض في الزمان الماضي فلا يسقط عنه العوض
ولنا ما روي عن رسول الله صلى الله عليه وسلم انه قال ليس علي مسلم جزية وعن
عمر رضي الله عنه انه رفع الجزية بالاسلام فقال والله ان في الاسلام لمعاذا ان
فعل ولانها وجبت وسيلة الي الاسلام فلا تبقي بعد الاسلام والموت كالقتال
والدليل علي انها وجبت وسيلة الي الاسلام ان القتال فرض بالمنصوص والجزية
تتضمن ترك القتال فلا يجوز شرع عقد الذمة والجزية الذي فيه ترك القتال
الا لما شرع له القتال وهو التوسل الي الاسلام والشريعة لا تتناقض ويتعذر
تحقيق معني التوسل بعد الموت والاسلام فتسقط ضرورة قوله انها وجبت
عوضا عن حقن الدم ممنوع بل ما وجبت الا وسيلة الي الاسلام لان تمكين الكفرة
في دار الاسلام وترك قتالهم مع قولهم في الله ما لا يليق بذاته وصفاته للوصول
الي غرض يسير من الدنيا خارج عن الحكمة والعقل واما التوسل الي الاسلام
واعدام الكفرة فمعقول معنا انها ان وجبت لحقن الدم فانما تجب لذلك في
المستقبل واذا صار دمه محقونا فيما مضي فلا يجوز اخذ الجزية لاجله فتسقط
ومنها مضي سنة تامة ودخول سنة اخري قبل ان يودي بها الذمي يوخذ
منه للسنة المستقبلة ولا يوخذ للسنة الماضية عنده وعندهما يوخذ
لما مضي ما دام ذميا والمسئلة تعرف بالمواثيذ انها توخذ ام لا ووجه
قولهما ان الجزية احد نوعي الخراج فلا يسقط بالتاخير الي سنة اخري
استدلالا بالخراج الاخر وهو خراج الارض وهذا لان كل واحد منهما دين فلا
يسقط بالتاخير كساير الديون ولابي حنيفة وجهان احدهما ان الجزية ما وجبت
الا لرجا الاسلام واذا لم يوجد حتي دخلت سنة اخري انقطع الرجا فيما مضي فلا
يوخذ لما مضي وبقي الرجا في المستقبل فيوخذ للسنة المستقبلة والثاني

فصاعدا صح

والا مر بتناقضا صح

عند ابي حنيفة رح وعندهما لا تسقط حتي انه اذا مضي علي الذمة سنة كاملة ودخلت سنة اخري صح

مواثيذ جمع ماثيذ وهو الجزية معرب ملكيه

ان

ان الجزية انما وجبت لحقن الدم في المستقبل فاذا صار دمه محقونا في السنة الماضية
فلا توخذ الجزية لاجلها لانعدام الحاجة الي ذلك كما اذا اسلم او مات تسقط
عنه الجزية لعدم الحاجة الي الحقن بالجزية كذا هنا والاعتبار بخراج الارض
غير سديد فان المجوسي اذا اسلم بعد مضي السنة لا يسقط عنه خراج الارض
ويسقط عنه خراج الراس بلا خلاف بين اصحابنا وبه تبين ان هذا كساير الديون
فبطل الاعتبار بها والله اعلم واما صفة العقد فهي انه لازم في حقنا حتي لا يملك
المسلمون نقضه بحال من الاحوال واما في حقهم فغير لازم بل يحتمل الانتقاض في
الجملة لكنه لا ينتقض الا باحد امور ثلاثة احدها ان يسلم الذمي لما مر ان
الذمة عقدت وسيلة الي الاسلام وقد حصل المقصود والثاني ان يلحق بدار
الحرب لانه اذا لحق بدار الحرب صار بمنزلة المرتد الا ان الذمي اذا لحق بدار
الحرب يسترق والمرتد اذا لحق بدار الحرب لا يسترق لما نذكره ان شا الله
تعالي والثالث ان يغلبوا علي موضع فيحاربونا لانهم اذا فعلوا ذلك فقد
صاروا اهل الحرب فينتقض العهد ضرورة ولو امتنع الذمي من اعطا الجزية
لا ينتقض عهده لان الامتناع يحتمل ان يكون لعذر العدم فلا ينتقض العهد بالشك
والاحتمال وكذلك لو سب النبي صلى الله عليه وسلم لا ينتقض عهده لان هذا زيادة
كفر علي كفر والعقد يبقي مع اصل الكفر فيبقي مع الزيادة وكذلك لو قتل مسلما
او زني بمسلمة لان هذه معاصي ارتكبوها وهي دون الكفر في القبح والحرمة ثم
بقيت الذمة مع الكفر فمع المعصية اولي واما بيان ما يوخذ به اهل الذمة
وما يتعرض له وما لا يتعرض له فنقول وبالله التوفيق والعصمة ان اهل الذمة
يوخذون باظهار علامات يعرفون بها ولا يتركون يتشبهون بالمسلمين في
لباسهم ومراكبهم وهيئتهم فيوخذ الذمي بان يجعل علي وسطه كستيجا مثل
الخيط الغليظ ويلبس قلنسوة طويلة مضربة ويركب سرجا علي قربوسه
مثل الرمانة ولا يلبس طيلسانا مثل طيالسة المسلمين ولا ردا مثل اردئتهم والاصل
فيه ما روي ان عمر بن عبد العزيز رحمه الله مر علي رجال ركوب ذوي هيئة فظنهم
مسلمين فسلم عليهم فقال له رجل من اصحابه اصلحك الله تدري من هولا فقال من
هم قال هولا نصاري بني تغلب فلما اتي منزله امر ان ينادي في الناس الا يبقي نصراني
الا عقد ناصيته وركب الاكاف ولم ينقل انه انكر عليه احد فيكون كالاجماع علي ذلك
ولان السلام من شعاير الاسلام فيحتاج المسلمون الي اظهار هذا الشعار عند الالتقا
ولا يمكنهم ذلك الا بتمييز اهل الذمة بالعلامة ولان في اظهار هذه العلامات اظهار

البس صح

اثار الذلة عليهم وفيه صيانة عقايد ضعفة المسلمين عن التغيير على ما قال الله تعالى
ولولا ان يكون الناس امة واحدة لجعلنا لمن يكفر بالرحمن لبيوتهم سقفا من فضة
ومعارج عليها يظهرون الاية وكذا يجب ان تتميز نساؤهم عن نسا المسلمين في
حال المشي في الطريق وتجب التمييز في الحمامات في الازر فتخالف ازرهم المسلمين
لما قلنا وكذلك يجب ان تتميز الدور بعلامات تعرف بها دورهم من دور المسلمين
ليعرف السايل المسلم انها دور الكفرة فلا يدعو لهم بالمغفرة ويتركون ان يسكنوا
في امصار المسلمين يبيعون ويشترون لان عقد الذمة شرع ليكون وسيلة
لهم الى الاسلام وتمكينهم من المقام في امصار المسلمين ابلغ الى هذا المقصود وفيه ايضا
منفعة المسلمين بالبيع والشرا فيمكنون من ذلك ولا يمكنون من بيع الخمر
والخنازير فيها ظاهرا لان حرمة الخمر والخنزير ثابتة في حقهم كما هي ثابتة في
حق المسلمين لانهم مخاطبون بالحرمات وهو الصحيح عند اهل الاصول على ما عرف
في موضعه فكان اظهار بيع الخمر والخنزير منهم اظهار الفسق فيمنعون من ذلك
وعندهم ان ذلك مباح فكان ذلك اظهار الشعاير الكفر في مكان معد لاظهار شعاير
الاسلام وهو امصار المسلمين فيمنعون عن ذلك وكذا يمنعون عن ادخالها في
امصار المسلمين ظاهرا وروي عن ابي يوسف انه امنعهم عن ادخال الخمور ولا
امنعهم من ادخال الخنازير فرق بين الخمر والخنزير لما في الخمر من خوف وقوع
المسلم فيها ولا يتوهم ذلك في الخنزير ولا يمكنون من اظهار صليبهم في عيدهم لانه
اظهار شعاير الكفر فلا يمكنون في امصار المسلمين ولو فعلوا ذلك في كنايسهم لا
يتعرض لهم وكذا لو ضربوا الناقوس في جوف كنايسهم القديمة لم يتعرض
لذلك لان اظهار الشعار لم يتحقق فان ضربوا به خارجا منها لم يمكنوا منه لما فيه
من اظهار الشعاير ولا يمنعون من اظهار شي مما ذكرنا من بيع الخمور والخنازير
والصليب وضرب الناقوس في قرية او موضع ليس من امصار المسلمين ولو كان
فيه عدد كثير من اهل الاسلام وانما يكره ذلك في امصار المسلمين وهي التي تقام
فيها الجمع والاعياد والحدود لان المنع من اظهار هذه الاشيا لكونه اظهارا
لشعاير الاسلام فيختص المنع بمكان شعاير الاسلام وهو المصر الجامع واما
اظهار فسق يعتقدون حرمته كالزنا وساير الفواحش التي هي حرام في دينهم فانهم
يمنعون من ذلك سوا كانوا في امصار المسلمين او في امصارهم ومداينهم وكذا المزامير
والعيدان والطبول والغنا واللعب بالحمام وتطييرها يمنعون من ذلك كله
في الامصار والقرى لانهم يعتقدون حرمة هذه الافعال كما نعتقدها نحن فلم تكن

م ازر صح
م اظهار صح
م الله قال
م ذلك صح
م الكفر في مكان اظهار شعاير صح
ط المعد لاظهار صح
م وقراهم صح

مستثناة

مستثناة عن عقد الذمة ليقروا عليها واما الكنايس والبيع القديمة فلا يتعرض لها ولا يهدم
شي منها واما احداث كنيسة اخرى فيمنعون عنه فيما صار مصرا من امصار المسلمين لقوله
صلى الله عليه وسلم لا كنيسة في الاسلام ولو انهدمت كنيسة فلهم ان يبنوها كما كانت
لان لهذا البنا حكم البقا ولهم ان يستبقوها فلهم ان يبنوها وليس لهم ان يحولوها من موضع
الى موضع لان التحويل من موضع الى موضع اخر في حكم احداث كنيسة اخرى واما
في القرى او في موضع ليس من امصار المسلمين فلا يمنعون من احداث الكنايس والبيع
كما لا يمنعون من اظهار بيع الخمور والخنازير لما بينا ولو ظهر الامام على قوم من اهل
الحرب فراى ان يجعلهم ذمة ويضع على روسهم الجزية وعلى اراضيهم الخراج لا
يمنعون من اتخاذ الكنايس والبيع واظهار بيع الخمر والخنزير لان الممنوع اظهار
شعاير الكفر في مكان اظهار شعاير الاسلام وهو امصار المسلمين ولم يوجد بخلاف
ما اذا صاروا ذمة بالصلح بان طلب قوم من اهل الحرب منا ان يصيروا ذمة
يؤدون عن رقابهم واراضيهم شيا معلوما وتجري احكام الاسلام فصالحناهم
على ذلك وكانت اراضيهم مثل اراضي الشام مداين وقرى ورساتيق وامصار
انه لا يتعرض لكنايسهم القديمة ولكنهم لو ارادوا ان يحدثوا شيا منها يمنعون من
ذلك لانها صارت مصرا من امصار المسلمين واحداث الكنيسة في مصر من امصار
المسلمين ممنوع عنه شرعا وان مصر الامام مصرا للمسلمين كما مصر عمر رضي الله عنه
الكوفة والبصرة فاشترى قوم من اهل الذمة دورا وارادوا ان يتخذوا فيها كنايس
لم يمكنوا من ذلك لما قلنا ولذلك لو تعلى رجل في صومعته منع من ذلك لان ذلك
في معنى اتخاذ الكنيسة وكل مصر من امصار المشركين ظهر عليه الامام عنوة فقد
استحقه المسلمون فيمنعهم من الصلاة فيها ويامرهم ان يتخذوها مساكن ولا ينبغي
ان يهدمها وكذلك كل قرية جعلها الامام مصرا ولو عطل الامام هذا المصر
وتركوا اقامة الجمع والاعياد والحدود فيه كان لاهل القرية ان يحدثوا ما شاوا
لانه عاد قرية كما لو كانت نصرانية تحت مسلم لا يمكنها من نصب الصليب
في بيته لان نصب الصليب كنصب الصنم وتصلي في بيته حيث شاءت هذا الذي
ذكرنا حكم ارض العجم واما ارض العرب فلا يترك فيها كنيسة ولا بيعة ولا يباع
فيها الخمر والخنزير مصرا كانت او قرية او ما من مياه العرب ويمنع المشركون
ان يتخذوا ارض العرب مسكنا ووطنا كذا ذكره محمد رحمه الله تفضيلا لارض العرب
على غيرها وتطهيرا لها عن الدين الباطل قال صلى الله عليه وسلم لا يجتمع دينان في
جزيرة العرب واما الالتجا الى الحرم فان الحربي اذا التجا الى الحرم لا يباح قتله في الحرم

م اي في دار الاسلام صح
م وغير ذلك صح
م عليهم صح
م وجعلهم ذمة فما كان فيه من كنيسة قديمة منعهم من الصلاة في تلك الكنايس لانه لما فتح عنوة صح
م عندنا

ولكن لا يطعم ولا يسقى ولا يبايع ولا يؤوى حتى يخرج من الحرم وعند الشافعي
رحمه الله يقتل في الحرم واختلف اصحابنا فيما بينهم قال ابو حنيفة ومحمد لا يقتل في
الحرم ولا يخرج منه ايضا وقال ابو يوسف لا يباح قتله في الحرم ولكن يباح اخراجه
من الحرم للشافعي قوله تعالى اقتلوا المشركين حيث وجدتموهم وحيث يعبر عن
المكان فكان هذا اباحة لقتل المشركين في الاماكن كلها ولنا قوله تعالى اولم
يروا انا جعلنا حرما امنا هذا اذا دخل ملتجيا اما اذا دخل مكابرة او مقاتلا فانه
يقتل لقوله تعالى ولا تقاتلوهم عند المسجد الحرام حتى يقاتلوكم فيه فان
قاتلوكم فاقتلوهم كذلك جزاء الكافرين ولانه لما دخل مقاتلا فقد هتك حرمة
الحرم فيقتل تلافيا للهتك زجرا للغير عن الهتك وكذلك لو دخل قوم من
اهل الحرب للقتال فانهم يقتلون ولو انهزموا من المسلمين فلا شيء على المسلمين
في قتلهم واسرهم **فصل** واما بيان حكم الغنائم وما يتصل بها فنقول
وبالله التوفيق هاهنا ثلاثة اشياء النفل والفيء والغنيمة فلا بد من بيان
معاني هذه الالفاظ وما يتعلق بها من الشرائط والاحكام اما النفل في اللغة
فعبارة عن الزيادة ومنه سمي ولد الولد نافلة لانه زيادة على الولد الصلبي
وسميت نوافل العبادات لكونها زيادات على الفرائض وفي الشريعة عبارة عن
ما اختصه الامام لبعض الغزاة تحريضا لهم على القتال سمي نفلا لكونه زيادة
على ما يسهم له من الغنيمة والتنفيل هو تخصيص بعض الغزاة بالزيادة نحو
ان يقول الامام من اصاب شيا فله ربعه او ثلثه او قال من اصاب شيا فهو له
او قال من اخذ شيا او قال من قتل قتيلا فله سلبه او قال لسرية ما اصبتم
فلكم ربعه او ثلثه او قال فهو لكم وذلك جائز لان التخصيص بذلك تحريض
على القتال وانه امر مشروع ومندوب اليه قال الله تعالى يا ايها النبي حرض
المومنين على القتال الا انه لا ينبغي للامام ان ينفل بكل الماخوذ لان التنفيل بكل
الماخوذ قطع حق الغانمين عن النفل اصلا لكن مع هذا لو راى الامام المصلحة
في ذلك ففعله مع سرية جاز لان المصلحة قد تكون فيه في الجملة ويجوز
التنفيل في ساير الاموال من الذهب والفضة والسلب وغير ذلك لان معنى التحريض
على القتال يتحقق في الكل والسلب هو ثياب المقتول وسلاحه الذي معه ودابته
التي ركبها بسرجها والاتها وما كان معه من مال في حقيبته على الدابة وعلى وسطه
فاما جنيبته وغلامه وما كان مع غلامه على دابة اخرى فليس بسلب ولو
اشتركا في قتل رجل كان السلب بينهما فان بدا احدهما بضربه ثم اجهزه الاخر فان

كانت

كانت الضربة الاولى قد اثخنته وصيرته الى حال لا يقاتل ولا يعين على القتال فالسلب
للاول لانه قتيل الاول وان كانت الضربة الاولى لم تصيره الى هذه الحالة فالسلب
للثاني لانه قتيل الثاني ولو قتل رجل واحد قتيلين او اكثر وهل يدخل الامام في
التنفيل ان قال من جميع ذلك منكم لم يدخل لانه خصهم وان لم يقل منكم يدخل لانه عم
الكلام هذا اذا نفل الامام فان لم ينفل شيا فقتل رجل من الغزاة قتيلا لم يختص
بسلبه عندنا وقال الشافعي ان قتله مدبرا منهزما لم يختص بسلبه وان قتله مقبلا
مقاتلا يختص بسلبه واحتج بما روي عن رسول الله صلى الله عليه وسلم انه قال من قتل قتيلا
فله سلبه وهذا منه صلى الله عليه وسلم نصب الشرع ولانه اذا قتله مقبلا مقاتلا
فقد قتله بقوة نفسه فيختص بالسلب واذا قتله منهزما فانما قتله بقوة الجماعة فكان
السلب غنيمة مقسومة ولنا ان القياس يابى جواز التنفيل والاختصاص بالمصاب
من السلب او غيره لان سبب الاستحقاق ان كان هو الجهاد فالجهاد وجد من
الكل وان كان هو الاستيلاء والاخذ فذلك حصل بقوة الكل فيقتضي استحقاق
الكل فتخصيص البعض بالتنفيل يخرج مخرج قطع الحق عن المستحق فينبغي ان لا
يجوز الا انا استحسنا الجواز بالنص وهو قوله تعالى يا ايها النبي حرض المومنين على
القتال والتنفيل تحريض على القتال باطماع زيادة المال لان من له زيادة غنا
وفضل شجاعة لا يرضى طبعه باظهار ذلك مع ما فيه من مخاطرة الروح وتعريض
النفس للهلاك الا باطماع زيادة لا يشاركه فيه غيره فاذا لم يطمع لا يظهر
فلا يستحق الزيادة والله اعلم واما الحديث فلا حجة له فيه لانه يحتمل انه صلى الله عليه وسلم
نصب بذلك القول شرعا ويحتمل ان يكون نصبه شرطا ويحتمل انه نفل قوما
باعيانهم فلا يكون حجة مع الاحتمال نظيره قوله صلى الله عليه وسلم من احيى ارضا
ميتة فهي له انه لم يجعل ابو حنيفة حجة لملك الارض المحياة بغير اذن الامام
لمثل هذا الاحتمال واما شرط جوازه فهو ان يكون قبل حصول الغنيمة في يد
الغانمين فاذا حصلت في ايديهم فلا نفل لان جواز التنفيل للتحريض على القتال وذا
لا يتحقق الا قبل اخذ الغنيمة فان قيل اليس انه روي ان رسول الله صلى الله عليه وسلم
نفل بعد احراز الغنيمة فالجواب انه يحتمل انه عليه السلام انما نفل من الخمس او من
الصفي الذي كان له في الغنائم ويحتمل انه كان مما افاء الله عليه فسماه الراوي غنيمة
والله اعلم واما حكم التنفيل فنوعان احدهما اختصاص المنفل له بالنفل حتى لا يشاركه
فيه غيره وهل يثبت الملك فيه قبل الاحراز بدار الاسلام ففيه كلام نذكره في موضعه
ان شا الله تعالى والثاني انه لا خمس في النفل لان الخمس انما يجب في غنيمة مشتركة بين

م يمكنه ان صح
م فله سلب الكل صح
ط بذلك صح
م مدبرا صح
ق
م اولا صح

الغانمين والنفل ما خلصه الامام لصاحبه وقطع شركة الاغيار عنه فلا يجب فيه
الخمس ويشارك المنفل الغزاة في اربعة اخماس ما اصابوا لان الاصابة او الجهاد حصل
بقوة الكل الا ان الامام خص البعض ببعضها وقطع حق الباقين عنه فبقي حق الكل
متعلقا بما وراءه فيشاركهم فيه والله اعلم واما الفيء فهو اسم للمال لم يوجف عليه المسلمون
بخيل ولا ركاب نحو الاموال المبعوثة بالرسالة الى امام المسلمين والاموال الماخوذة
على موادعة اهل الحرب ولا خمس فيه لانه ليس بغنيمة اذ هي اسم للماخوذ من الكفرة على
سبيل القهر والغلبة ولم يوجد وقد كان الفيء لرسول الله صلى الله عليه وسلم خاصة
يتصرف فيه كيف شاء يختصه لنفسه او يفرقه فيمن شاء قال الله تعالى وما افاء
الله على رسوله منهم فما اوجفتم عليه من خيل ولا ركاب ولكن الله يسلط رسله على من يشاء
والله على كل شيء قدير وروي عن عمر رضي الله عنه انه قال كانت اموال بني النضير
مما افاء الله على رسوله وكانت خالصة له وكان ينفق منها على اهله نفقة سنة
وما بقي جعله في السلاح والكراع ولهذا كانت خالصة لرسول الله صلى الله عليه وسلم
اذ كانت لم توجف عليها الصحابة رضي الله عنهم من خيل ولا ركاب فانه روي ان
اهل فدك لما بلغهم خبر اهل خيبر انهم سالوا رسول الله صلى الله عليه وسلم ان يجليهم
ويحقن دماءهم ويخلوا بينه وبين اموالهم بعثوا الى رسول الله صلى الله عليه وسلم
وسالوه الصلح على النصف من فدك فصالحهم على ذلك ثم الفرق بين رسول الله صلى الله عليه
وسلم وبين الائمة في المال المبعوث من اهل الحرب انه يكون لعامة المسلمين وكان
لرسول الله صلى الله عليه وسلم خاصة ان الامام انما اشترك قومه في المال المبعوث اليه
من اهل الحرب لان هيبة الائمة بسبب قومهم فكانت مشتركة بينهم فاما هيبة
رسول الله صلى الله عليه وسلم فما كانت باصحابه بل انما نصر بالرعب كما قال عليه
السلام نصرت بالرعب مسيرة شهر لذلك كان له ان يخصه لنفسه والله اعلم
وعلى هذا اذا دخل حربي الى دار الاسلام بغير امان فاخذه واحد من المسلمين يكون
فيئا لجماعة المسلمين ولا يختص به الاخذ عند ابي حنيفة وعند ابي يوسف
ومحمد يكون للاخذ خاصة وجه قولهما ان سبب الملك وجد من الاخذ خاصة
فيختص بملكه كما اذا دخلت طائفة من اهل الحرب دار الاسلام فاستقبلتها سرية
من اهل الاسلام فاخذتها انهم يختصون بملكها والدليل على ان سبب الملك وجد من
الاخذ خاصة ان السبب هو الاخذ والاستيلاء وهو اثبات اليد وقد وجد ذلك
حقيقة لانه حر والحر في يد نفسه واليد الحكمية لا تصلح مبطلة لليد الحقيقية
لانها دونها ونقض الشيء بما هو مثله او بما هو فوقه فاما يد الاخذ فيد حقيقية وهي

له صح — عليه صح — فذلك صح — ونحوه من اليهم صح

من الاخذ خاصة واهل الدار ان كانت لهم يد لكنها يد حكمية ويد الحربي حقيقية صح

لا بما هو دونه صح

محققة

محققة ويد الحربي مبطلة فجاز ابطالها وجه قول ابي حنيفة انه وجد سبب الملك
لعامة المسلمين في محل قابل للملك وهو المباح فيصير ملكا للكل كما اذا استولى جماعة
على صيد وانما قلنا ذلك لانه لما دخل دار الاسلام فقد ثبت يد اهل الدار عليه لان
الدار في ايديهم فما في الدار يكون في ايديهم ولهذا قلنا انه لا يثبت الملك للغانمين في الغنائم
ما داموا في دار الحرب كذا ههنا قوله يد اهل الدار يد حكمية ويد الحربي حقيقية
فلا تبطلها قلنا ويد اهل الدار يد حقيقية ايضا لان المعنى من اليد في هذا الباب
القدرة من حيث سلامة الاسباب والالات ولاهل الدار الات سليمة لو استعملوها
في التصرف عليه لحدثت لهم بمجرى العادة قدرة حقيقية على وجه لا يمكنه مقاومتهم
ومعارضتهم معا انه اذا ثبت يد الاخذ عليه حقيقة فقد ثبت يد اهل الدار
لان يده كيد اهل الدار لان اهل دار الاسلام كلهم منعة واحدة فانهم يذبون عن
دين واحد وكانت يده يد الكل معنى كما اذا دخل الغزاة دار الحرب واخذ منهم
شيئا من اموال الكفرة فان الماخوذ يكون غنيمة مقسومة بين الكل كذا هذا
واما السريتان اذا التقتا في دار الاسلام فاخذتها سرية الاسلام فانما اختصوا
بملكها للحاجة والضرورة وهي ان بالامام حاجة وضرورة الى بعث السرايا لحراسة
الحوزة وحماية البيضة عن شر الكفرة اذ الكفرة يقصدون دار الاسلام والدخول
في حدودها بغتة فاذا علموا ببعث السرايا وتهيؤهم للذب عن حريم الاسلام
قطعوا الاطماع فبقيت البيضة محروسة فلو لم يختصوا بالماخوذ لما انقاد
طبعهم لكفاية هذا الشغل فيمتد اطماع الكفرة الى دار الاسلام ولهذا اذا نفل الامام
سرية فاصابوا شيئا يختصون به لوقوع الحاجة الى التنفيل لاختصاص بعض الغزاة
بزيادة شجاعة لا ينقاد طبعه لاظهارها الا بالترغيب بزيادة من المصاب بالتنفيل
كذا هذا وهل يجب فيه الخمس فعن ابي حنيفة روايتان والصحيح انه لا يجب لان
الخمس انما يجب في الغنائم والغنيمة اسم للمال الماخوذ عنوة وقهرا بايجاف الخيل
والركاب ولم يوجد لحصوله في ايديهم بغير قتال فكان مباحا مملوكا لا على سبيل
القهر والغلبة فلا يجب فيه الخمس كالمباحات وكذا روي عن محمد روايتان
والصحيح انه يجب فيه الخمس لان الملك عنده ثبت بالاخذ وانما اخذه على سبيل
القهر والغلبة فكان في حكم الغنائم وهذا فرع الاصل الذي ذكرنا ان عند ابي حنيفة
لما دخل دار الاسلام فقد انعقد سبب الملك فيه لوقوعه في يد اهل الدار فاعتراض
الاسلام بعد انعقاد سبب الملك لا يمنع الملك وعندهما سبب الملك هو الاخذ
حقيقة وكان حرا قبله فقد وجد الاسلام قبل وجود سبب الملك فيه فيمنع ثبوته

ثبوت صح — ايضا صح — واحدهم — بلغ — كسائر صح

ولو دخل دار الاسلام فاسلم قبل ان يوخذ ثم اخذه واحد من المسلمين يكون فيئا لجماعة المسلمين ايضا عند ابي حنيفة وعندهما يكون حرا لا سبيل لاحد عليه صح

حنيفة
علي ما مر ولو رجع هذا الحربي الي دار الحرب خرج من ان يكون فيئا بالاجماع اما عند ابي
فلان حق اهل دار الاسلام لا يتاكد الا بالاخذ حقيقة ولم يوجد وصار هذا اذا انفلت
واحد من الاساري قبل الاحراز بدار الاسلام والتحق بمنعتهم انه يعود حرا كما كان
كذا هذا ولو ادعى هذا الحربي انه دخل بامان لم يقبل قوله عند ابي حنيفة وعندهما
يقبل اما عنده فلان دخوله دار الحرب سبب لثبوت الملك والامان عارض
مانع من انعقاد السبب فلا تقبل دعوى العارض الا بحجة واما عندهما فلان
الملك فيه يقف على حقيقة الاخذ وكان حرا قبله وكان دعوى الامان دعوى حكم
الاصل فيقبل وكذا لو قال الاخذ اني امنته لم يقبل قوله عند ابي حنيفة وعندهما
يقبل اما عنده فلان هذا اقرار يتضمن ابطال حق الغير فلا يقبل وعندهما هذا
اقرار على نفسه وانه غير متهم في حق نفسه ولو دخل هذا الحربي الحرم قبل ان يوخذ
فهو فيء عند ابي حنيفة ودخول الحرم لا يبطل ذلك عنده لان ما ذكرنا من المعنى
لا يوجب الفصل بين الحرم وغيره والدليل عليه ان الاسلام لم يبطل الملك فالحرم
اولى لان الاسلام اعظم حرمة من الحرم وعندهما لا يكون فيئا الا بحقيقة الاخذ
فيبقى على اصل الحرية ولا يتعرض له لكنه لا يطعم ولا يسقى ولا يؤوى ولا يبايع
حتى يخرج من الحرم ولو امنه رجل من المسلمين في الحرم او بعد ما خرج من الحرم قبل ان يوخذ
لم يصح عند ابي حنيفة وعندهما يصح ويرد الى مامنه لان عنده صار فيئا لجماعة
المسلمين بنفس دخول دار الاسلام وعندهما لا يصير فيئا الا بحقيقة الاخذ واذا
امنه قبل الاخذ يصح ولا يصح بعده لانه مرقوق ولو اخذه رجل في الحرم واخرجه
منه فقد اساء وصار فيئا لجماعة المسلمين عند ابي حنيفة وعندهما لمن اخذه اما
عنده فلان الملك قد ثبت بدخوله دار الاسلام فالاخذ في الحرم لا يبطله واما
عندهما فلان الملك انما ثبت بالاخذ وانه منهي لكن النهي لغيره وهو حرمة
الحرم فلا يمنع كونه سببا للملك في ذاته كالبيع وقت النداء ونحو ذلك ولو اخذه في
الحرم رعاية لحرمة الحرم ما دام فيه والله اعلم واما الغنيمة فالكلام فيها في
مواضع في تفسير الغنيمة وفي بيان ما يملكه الامام من التصرف في الغنايم وفي بيان مكان
قسمة الغنايم وفي بيان ما يباح الانتفاع به من الغنايم وفي بيان كيفية قسمة
الغنايم وفي بيان مصارفها اما الاول فالغنيمة عندنا اسم للماخوذ من اهل الحرب
على سبيل القهر والغلبة والاخذ على سبيل القهر والغلبة لا يتحقق الا بالمنعة
اما بحقيقة المنعة او بدلالة المنعة وهي اذن الامام وعند الشافعي رحمه الله هي اسم
للماخوذ من اهل الحرب كيف ما كان ولا تشترط المنعة اصلا وبيان ذلك في مسايل

واما عندهما فلانه لم يثبت الملك اصلا الا بحقيقة الاخذ ولم يوجد صح

كما صح

ولم يخرجه ينبغي ان يخلي سبيله في الحرم صح

عند

اذا

اذا دخل جماعة لهم منعة دار الحرب فاخذوا اموالا منهم فانها تقسم قسمة الغنايم بالاجماع
سواء دخلوا باذن الامام او بغير اذنه لوجود الاخذ على سبيل القهر والغلبة لوجود
المنعة القايمة مقام المقاتلة حقيقة واقل المنعة اربعة في ظاهر الرواية لقوله
صلى الله عليه وسلم خير الاصحاب اربعة وروي عن ابي يوسف انها تسعة ولو
دخل من لا منعة له باذن الامام كان الماخوذ غنيمة في ظاهر الروايات عن
اصحابنا لوجود المنعة على ما نذكره ولو دخل بغير اذن الامام لم يكن غنيمة عندنا
لانعدام المنعة اصلا وعند الشافعي رحمه الله يكون غنيمة والصحيح قولنا لان الغنيمة
والغنم والمغنم في اللغة اسم لما اصيب من اموال اهل الحرب واوجف عليه بالخيل
والركاب وكذا اشارة النص دليل عليه وهو قوله تعالى وما افاء الله على رسوله
منهم فما اوجفتم عليه من خيل ولا ركاب اشار الى ان ما لم يوجف عليه المسلمون
بالخيل والركاب لا يكون غنيمة واصابة مال اهل الحرب بايجاف الخيل والركاب
لا يكون الا بالمنعة اما حقيقة او دلالة لان من لا منعة له لا يمكنه على طريق القهر
والغلبة فلم يكن الماخوذ غنيمة بل كان مالا مباحا مخصوصا به الاخذ كالصيد
الا ان ياخذاه جميعا فيكون الماخوذ بينهما كما لو اخذا صيدا اما عند وجود
المنعة فيتحقق الاخذ على سبيل القهر والغلبة اما حقيقة المنعة فظاهر وكذا
دلالة المنعة وهي اذن الامام لانه لما اذن له الامام بالدخول فقد ضمن له المعونة
بالمدد والنصرة عند الحاجة فكان دخوله باذن الامام امتناعا بالجيش
الكثيف معنى فكان الماخوذ ماخوذا على سبيل القهر والغلبة فكان غنيمة فهو
الفرق ولو اجتمع فريقان احدهما دخل باذن الامام والاخر بغير اذنه ولا
منعة لهم فالحكم في كل فريق عند الاجتماع ما هو الحكم عند الانفراد انه ان تفرد
كل فريق باخذ شيء فلكل فريق ما اخذ كما لو انفرد كل فريق بالدخول فاخذ شيا
وان اشترك الفريقان في الاخذ فالماخوذ بينهم على عدد الاخذين ثم ما اصاب الماذون
لهم يخمس ويكون اربعة اخماسه بينهم يشترك فيه الاخذ وغير الاخذ
لانه غنيمة وهذا سبيل الغنايم وما اصاب الذين لم يوذن لهم لا خمس فيه
ويكون بين الاخذين ولا يشركهم الذين لم ياخذوا لانه مال مباح وهذا
حكم اهل اخذ المال المباح على ما بينا هذا اذا اجتمع فريقان ولا منعة لهم فاما
اذا اجتمعا وكان لهم باجتماعهم منعة فما اصاب كل واحد منهم او جماعتهم
يخمس واربعة اخماسه بينهم لان الماخوذ غنيمة لوجود المنعة فكان
وجود الاذن وعدمه بمنزلة واحدة ولو كان الذين دخلوا باذن الامام لهم منعة

دلالة صح

المسلمون صح

الاخذ صح

ثم لحقهم لص او لصان لا منعة لهما بغير اذن الامام لقوا قتالا واصابوا مالا واصابوا
غنايم فما اصاب العسكر قبل ان يلحقهم اللص فان هذا اللص لا يشاركهم فيه
وما اصابوه بعد ان لحق هذا اللص بهم فانه يشاركهم لان الاصابة قبل
اللحاق حصلت بقتال العسكر حقيقة وكذلك الاحراز بدار الاسلام لانهم
غنية عن معونة اللص وكان دخوله في الاستيلا على المصاب قبل اللحاق وعدمه
بمنزلة واحدة ولا يشبه هذا الجيش اذا لحقهم المدد انه لا يشاركهم فيما
اصابوا لان الجيش يستغني عن المدد لقوتهم وكان الاحراز حاصلا بالكل
وكذلك الاصابة بعد اللحوق حصلت باستيلا الكل لذلك شاركهم بخلاف
اللص والله اعلم ولو اخذ واحد من الجيش شيا من المتاع الذي له قيمة وليس
في يد انسان منهم كالمعادن والكنوز والخشب والسمك فذلك كله غنيمة وفيه
الخمس وذلك لان ذلك الواحد انما اخذه بمنعة الجماعة وقوتهم وكان
مالا ماخوذا على سبيل القهر والغلبة فكان غنيمة وان لم يكن لذلك الشي في دار
الحرب ولا في دار الاسلام قيمة فهي له خاصة لانه اذا لم يكن له قيمة لم يقع فيه
تمانع وتدافع فلا يقع اخذه على سبيل القهر والغلبة فلم يكن غنيمة ولو اخذ شيا
له قيمة في دار الحرب نحو الخشب فعمله انية او غيرها رده الى الغنيمة لانه اذا
كان له قيمة بذاته فالعمل فيه فضل فان لم يكن ذلك الشي متقوما فهو له خاصة
لما قلنا ولا خمس فيما يوخذ على موادعة اهل الحرب لانه ليس بماخوذ على سبيل القهر
والغلبة فلم يكن غنيمة وكذا ما بعث رسالة الى امام المسلمين لا خمس فيه لما قلنا ولو
حاصر المسلمون قلعة في دار الحرب فافتدوا انفسهم بمال ففيه الخمس لانه غنيمة
لكونه ماخوذا على سبيل القهر والغلبة والله اعلم واما بيان ما يملكه الامام
من التصرف في الغنايم فجملة الكلام فيه انه اذا ظهر الامام على دار الحرب
فالمستولى عليه لا يخلو من احد انواع ثلاثة المتاع والاراضي والرقاب اما المتاع فانه
يخمس ويقسم الباقي بين الغانمين ولا خيار للامام فيه واما الاراضي فللامام فيها
خيار ان شا خمسها ويقسم الباقي لما بينا وان شا تركها في يد اهلها بالخراج
وجعلهم ذمة ان كانوا محل الذمة بان كانوا من اهل الكتاب او من مشركي العجم
ووضع الجزية على روسهم والخراج على اراضيهم وهذا عندنا وعند الشافعي
ليس للامام ان يترك الاراضي في ايديهم بالخراج بل يقسمها وجه قوله ان الاراضي
صارت ملكا للغزاة بالاستيلا وفي ان الترك في ايديهم ابطالا لملك الغزاة فلا يملكه
الامام كالمتاع ولنا اجماع الصحابة رضي الله عنهم فان عمر رضي الله عنه لما فتح سواد

اغتنامه

تصرف الامام

العراق

العراق ترك الاراضي في ايديهم وضرب على روسهم الجزية وعلى اراضيهم الخراج بمحضر
من الصحابة رضي الله عنهم ولم ينقل انه انكر عليه منكر فكان ذلك اجماعا منهم واما
الرقاب فالامام فيها بين خيارات ثلاث ان شا قتل الاسارى منهم وهم الرجال
المقاتلة وسبى النسا والذراري لقوله تعالى فاضربوا فوق الاعناق وهذا بعد الاخذ
والاسر لان الضرب فوق الاعناق هو الابانة من المفصل ولا يقدر على ذلك حالة
القتال ويقدر عليه بعد الاخذ والاسر وروي ان رسول الله صلى الله عليه وسلم
لما استشار الصحابة رضي الله عنهم في اسارى بدر فاشار بعضهم الى الفدا واشار عمر
رضي الله عنه الى القتل فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم لو جا من السما نار ما نجا
الا عمر اشار الى ان الصواب كان هو القتل وكذا روي انه صلى الله عليه وسلم امر
بقتل عقبة بن ابي معيط والنضر بن الحارث يوم بدر وبقتل هلال بن خطل
ومقيس بن صبابة يوم فتح مكة ولان المصلحة قد تكون في القتل لما فيه من استيصالهم
فكان للامام ذلك وان شا استرق الكل فخمسهم وقسمهم لان الكل غنيمة حقيقة
لحصولها حقيقة في ايديهم عنوة وقهرا بايجاف الخيل والركاب فكان له ان يقسم
الكل الا رجال مشركي العرب والمرتدين فانهم لا يسترقون عندنا بل يقتلون او
يسلمون وعند الشافعي رحمه الله يجوز استرقاقهم وجه قوله انه يجوز استرقاق
مشركي العجم واهل الكتاب من العجم والعرب فكذا استرقاق مشركي العرب
والمرتدين وهذا لان الاسترقاق حكم في الكفر وهم في الكفر سوا فكانوا في
احتمال الاسترقاق سوا ولنا قوله تعالى اقتلوا المشركين حيث وجدتموهم الى
قوله في حق اهل الكتاب ومشركي العجم للتوسل الى الاسلام ومعنى الوسيلة لا يتحقق
في حق مشركي العرب والمرتدين على ما بينا من قبل واما النسا والذراري
منهم والذراري منهم فيسترقون كما يسترق نسا مشركي العجم وذراريهم لان
النبي صلى الله عليه وسلم استرق نسا هوازن وهم من صميم العرب وكذا الصحابة
رضي الله عنهم استرقوا نسا المرتدين من العرب وذراريهم وان شا من عليهم وتركهم
احرارا بالذمة كما فعل عمر رضي الله عنه بسواد العراق الا مشركي العرب والمرتدين
فانهم لا يجوز تركهم بالذمة وعقد الجزية كما لا يجوز بالاسترقاق لما بينا
ولو شهدوا بشهادة قبل ان يجعلهم الامام ذمة لم تجز شهادتهم لانهم اهل
الحرب فان جعلهم ذمة فاعادوا الشهادة جازت لان شهادة اهل الذمة
مقبولة في الجملة فاما شهادة اهل الحرب فغير مقبولة اصلا وليس للامام ان يمن
على الاسير فيتركه من غير ذمة لا يقتله ولا يقسمه لانه لو فعل ذلك لرجع الى

ق

ح

فان تابوا واقاموا الصلوة وآتوا الزكوة فخلوا سبيلهم ولان ترك القتل بالاسترقاق صح

وذراريهم صح

بل

المنعة فيصير حربًا علينا فان قيل ان رسول الله صلى الله عليه وسلم منّ على الزبير
بن باطا من بني قريظة وكذا منّ على اهل خيبر فالجواب انه ثبت انه منّ على الزبير
ولم يقتله اما لم يثبت انه تركه بالجزية ام بدونها فاحتمل انه تركها بالجزية ويعقد
الذمة واما اهل خيبر فقد كانوا اهل الكتاب فتركهم ومنّ عليهم ليصيروا اكرة
للمسلمين فيجوز المنّ لذلك لان ذلك في الجزية فيكون تركًا بالجزية من حيث
المعنى والله اعلم وهل للامام ان يفادي الاسرى اما المفاداة بالمال فلا يجوز عند
اصحابنا في ظاهر الروايات وقال محمد مفاداة الشيخ الكبير الذي لا يرجى له ولد
يجوز وعند الشافعي يجوز المفاداة بالمال كيف ما كان واحتج بظاهر قوله تعالى فاما
منا بعد واما فدا وقد فادى رسول الله صلى الله عليه وسلم اسارى بدر بالمال
وادنى درجات فعله صلى الله عليه وسلم الجواز والاباحة ولنا ان قتل الاسير مامور
به لقوله تعالى فاضربوا فوق الاعناق وانه منصرف اليها بعد الاخذ والاسر
لما قلنا وقوله اقتلوا المشركين حيث وجدتموهم والامر بالقتل للتوسل الى الاسلام
فلا يجوز تركه الا لما شرع له القتل وهو ان يكون وسيلة الى الاسلام ولا يحصل
معنى التوسل بالمفاداة فلا يجوز ترك المفروض لاجله ويحصل بالذمة والاسترقاق
لما بينا فكان اقامة للفرض معنى لا تركا له ولان المفاداة بالمال اعانة لاهل الحرب
على الحراب لانهم يرجعون الى المنعة فيصيرون حربًا علينا وهذا لا يجوز ومحمد
يقول معنى الاعانة لا يحصل من الشيخ الكبير الذي لا يرجى منه ولد فجاز فداؤه بالمال
ولكنا نقول ان كان لا يحصل بهذا الطريق يحصل بطريق اخر وهو الراي والمشورة
وتكثير السواد واما قوله تعالى واما منًا بعد واما فدا فقد قال بعض اهل التفسير
ان الاية منسوخة بقوله تعالى اقتلوا المشركين حيث وجدتموهم وقوله تعالى
قاتلوا الذين لا يومنون بالله ولا باليوم الاخر الاية لان سورة براءة نزلت بعد سورة
محمد صلى الله عليه وسلم ويحتمل ان تكون الاية في اهل الكتاب فيمنّ عليهم بعد اسرهم
على ان يصيروا اكرة للمسلمين كما فعل رسول الله صلى الله عليه وسلم باهل خيبر او
ذمة كما فعل عمر رضي الله عنه باهل السواد او يسترقوا واما اسارى بدر فقد
قيل رسول الله صلى الله عليه وسلم انما فعل ذلك باجتهاده ولم ينتظر الوحي فعوتب
عليه بقوله تعالى لولا كتاب من الله سبق لمسكم فيما اخذتم عذاب عظيم حتى قال
صلى الله عليه وسلم لو انزل الله من السماء نارا ما نجا الا عمر يدل عليه قوله تعالى ما كان
لنبي ان يكون له اسرى حتى يثخن في الارض على احد وجهي التاويل اي ما كان لنبي ان
ياخذ الفدا في الاسارى حتى يثخن في الارض اي حتى يغلب في الارض منعه عن اخذ الفدا

معنى صح

المفاداة

بها واشار الى ان ذلك ليغلب في الارض اذ لو اطلقهم لرجعوا الى المنعة وصاروا حربا
على المسلمين فلا تتحقق الغلبة ويحتمل ان المفاداة كانت جائزة ثم نسخت بقوله
فوق الاعناق وقوله واقتلوا المشركين حيث وجدتموهم وانما عوتب صلى الله عليه
وسلم لولا كتاب من الله سبق لا بخطر المفادات بل لانه لم ينتظر بلوغ الوحي وعمل
باجتهاده اي لولا من حكم الله ان لا يعذب احدا على العمل بالاجتهاد لمسكم العذاب
بالعمل بالاجتهاد وترككم انتظار الوحي والله اعلم ولذا لا يجوز مفاداة الكراع
بالمال لان ذلك يرجع الى اعانتهم على الحرب ويجوز مفاداة اسارى المسلمين بالدراهم
والدنانير والثياب ونحوها مما ليس فيه اعانة لهم على الحرب ولا يفادون
بالسلاح لان فيه اعانة لهم على الحرب واما مفاداة الاسير بالاسير فلا يجوز عند
ابي حنيفة وعند ابي يوسف ومحمد يجوز وجه قولهما ان في المفاداة خلاص
المسلم وذلك اولى من اهلاك الكافر ولابي حنيفة رحمه الله ما ذكرنا ان قتل
المشركين فرض بقوله تعالى اقتلوا المشركين وقوله فاضربوا فوق الاعناق
فلا يجوز تركه الا لما شرع له اقامة الفرض وهو التوسل الى الاسلام لانه لا يكون
تركا معنى وذا لا يحصل بالمفاداة ويحصل بالذمة والاسترقاق فيمن يحتمل
ذلك على ما بينا ان فيها اعانة لاهل الحرب على الحرب لانهم يرجعون الى
المنعة فيصيرون حربا على المسلمين واختلف ابو يوسف ومحمد فيما
بينهما قال ابو يوسف يجوز المفاداة قبل القسمة ولا يجوز بعدها وقال
محمد يجوز في الحالين وجه قول محمد انه لما جازت المفاداة قبل
القسمة فكذا بعد القسمة لان الملك ان لم يثبت قبل القسمة فالحق ثابت
ثم قيام الحق لم يمنع جواز المفاداة فكذا قيام الملك وجه قول ابي يوسف ان
المفاداة بعد القسمة ابطال ملك المقسوم له من غير رضاه وهذا لا يجوز
في الاصل بخلاف ما قبل القسمة لانه لا ملك قبل القسمة انما الثابت حق غير
متقرر فجاز ان يكون محتملا للابطال بالمفاداة والله اعلم ولا يجوز ان يعطى
رجل واحد من الاسارى ويوخذ بدله رجلين من المشركين لان كم من واحد
غلب اثنين واكثر من ذلك فيودي الى الاعانة على الحرب وهذا لا يجوز واذا
عزم المسلمون على قتل الاسارى فلا ينبغي ان يعذبوهم بالجوع والعطش وغير
ذلك من انواع التعذيب لان ذلك تعذيب من غير فائدة وقد روي ان رسول
الله صلى الله عليه وسلم قال في بني قريظة لا تجمعوا عليهم حر هذا اليوم وحر السلاح
ولا تمثلوا بهم لقوله صلى الله عليه وسلم في وصايا الامراء لا تمثلوا ولا ينبغي للرجل

يوم بدر صح فاضربوا

بقوله تع صح

ابقاء

الآ

عليهم صح

ينبغي ان صح

ان يقتل اسير صاحبه لان له ضرب اختصاص به حيث اخذه واسره فلم يكن لغيره
ان يتصرف فيه كما لو التقط شيا والافضل ان ياتي به الامام ان قدر عليه حتى يكون
الامام هو الحاكم فيه لتعلق حق الغزاة به فكان الحكم فيه للامام وانما يقتل من الاسارى
من بلغ بالسن او بالاحتلام على قدر ما اختلف فيه فاما من لم يبلغ او شك في بلوغه
فلا يقتل وكذا المعتوه الذي لا يعقل لما بينا من قبل ولو قتل رجل من المسلمين اسيرا
في دار الحرب او في دار الاسلام فان كان قبل القسمة فلا شي فيه من دية ولا كفارة
ولا قيمة لان دمه غير معصوم قبل القسمة فان للامام فيه خيرة القتل وان
كان بعد القسمة او بعد البيع فيراعى فيه حكم القتل لان الامام اذا قسمهم او باعهم
فقد صار دمهم معصوما فقد صار مضمونا بالقتل الا انه لا يجب القصاص لقيام شبهة
الاباحة كالحربي المستامن ثم ما ذكرنا من خيار القتل للامام في الاسارى قبل القسمة
اذا لم يسلموا فان اسلموا قبل القسمة فلا يباح قتلهم لان الاسلام عاصم وللامام
خيار فيهم ان شا استرقهم فقسمهم وان شا تركهم احرارا بالذمة اذا كانوا محل
الذمة والاسترقاق لان الاسلام يدفع الرق اما لا يرفعه لان في الدفع ابطال
حق الغزاة وهذا لا يجوز واما بيان قسمة الغنايم فنقول وبالله العصمة
القسمة نوعان قسمة حمل ونقل وقسمة ملك اما قسمة الحمل فهي ان
عزت الدواب ولم يجد الامام حمولة ففرق الغنايم على الغزاة ليحمل كل قدر
نصيبه الى دار الاسلام ثم يستردها منهم فيقسمها قسمة ملك وهذه
القسمة جايزة بلا خلاف ولا تكون قسمة ملك كالمودعين يقتسمان
الوديعة ليحفظ كل واحد منهما بعضها كان ذلك جايزا ويكون قسمة حفظ
لا قسمة ملك فكذا هذا واما قسمة الملك فلا تجوز في دار الحرب عند
اصحابنا وعند الشافعي رحمه الله تجوز وهذا الاختلاف مبني على اصل وهو ان
الملك هل يثبت في الغنايم في دار الحرب للغزاة فعندنا لا يثبت الملك اصلا فيها
لا من كل وجه ولا من وجه ولكن ينعقد سبب الملك فيها على ان يصير علة
عند الاحراز بدار الاسلام وهو تفسير حق الملك او حق التملك عندنا وعند
الشافعي يثبت الملك قبل الاحراز بدار الاسلام وبعد الفراغ من القتال قولا واحدا
وله في حال ما بعد الهزيمة قولان ويبتنى على هذا الاصل مسايل منها
اذا مات واحد من الغانمين في دار الحرب لا يورث نصيبه عندنا وعنده
يورث ومنها ان المدد اذا لحق الجيش وقد احرزوا الغنايم حملة الى دار الاسلام
يشاركونهم عندنا وعنده لا يشاركونهم ومنها انه اذا اتلف واحد من الغانمين

مكان صح

حق الملك الاحراز

في حال فور

فيها صح

شيا من الغنيمة لا يضمن عندنا وعنده يضمن ومنها ان الامام اذا باع شيا من الغنايم
لا لحاجة الغزاة لا يجوز عندنا وعنده يجوز ومنها ان الحربي مجازفا غير
مجتهد ولا معتقد جواز القسمة لا يجوز عندنا وعنده يجوز فاما اذا راى
الامام القسمة فقسمها نفذت قسمته بالاجماع وكذا لو راى البيع فباعها
لانه حكم امضاه في محل الاجتهاد بالاجتهاد فينفذ وجه قول الشافعي ما
روي ان رسول الله صلى الله عليه وسلم قسم غنايم خيبر بخيبر وقسم غنايم
اوطاس باوطاس وقسم غنايم بني المصطلق في ديارهم وقسم غنايم بدر بالجعرانه
وهو واد من اودية بدر وادنى ما يحمل عليه فعل النبي صلى الله عليه وسلم هو
الجواز والاباحة ولانه وجد الاستيلا على مال مباح فيفيد الملك استدلالا
بالاستيلا على الحطب والحشيش ولا شك ان المستولى عليه مال مباح لانه
مال الكافر وانه مباح والدليل على تحقق الاستيلا ان الاستيلا عبارة عن
اثبات اليد على المحل وقد وجد ذلك حقيقة وانكار الحقايق مكابرة ورجعة
الكفار بعد انهزامهم واستردادهم امر موهوم لا دليل عليه فلا يعتبر ولنا
ان الاستيلا انما يفيد الملك اذا ورد على مال مباح غير مملوك ولم يوجد ها هنا
لان ملك الكفرة قايم لان الملك كان ثابتا لهم والملك متى ثبت لانسان لا يزول
ملكه الا بازالته او بخروج المحل من ان يكون منتفعا به حقيقة بالهلاك
او بعجز المالك عن الانتفاع به دفعا للتناقض فيما شرع الملك له ولم يوجد
شي من ذلك اما الازالة وهلاك المحل فظاهر العدم واما قدرة الكفرة على
الانتفاع باموالهم فلان الغزاة ما داموا في دار الحرب فالاسترداد ليس بنادر
بل هو ظاهر او محتمل احتمالا على السوا والملك كان ثابتا لهم فلا يزول مع
الاحتمال واما الاحاديث فاما غنايم خيبر واوطاس وبني المصطلق
فانما قسمها رسول الله صلى الله عليه وسلم في تلك الديار لانه افتتحها فصارت
ديار الاسلام واما غنايم بدر فقد روي انه قسمها بالمدينة فلا يصح الاحتجاج
به مع التعارض ثم الملك ان لم يثبت للغزاة في الغنايم في دار الحرب فقد
ثبت الحق لهم حتى يجوز لهم الانتفاع بها من غير حاجة على ما نذكره ولولا
تعلق الحق لما جاز لانه يكون مالا مباحا وكذا لو وطي واحد من الغزاة جارية من
المغنم لا يجب عليه الحد لان له فيها حقا فاورث شبهة في درء الحد ولا
يجب عليه العقر ايضا لانه بالوطي اتلف جزا من منافع بضعها ولو اتلفها لا يضمن
فها هنا اولى ولا يثبت النسب ايضا لو ادعى الولد لان ثبات النسب يعتمد الملك

الامام اذا قسم الغنايم في دار صح

او الحق الخاص ولا ملك هاهنا والحق عام وكذا لو اسلم الاسير في دار الحرب
لا يكون حرا ويدخل في القسمة لتعلق حق الغانمين بنفس الاخذ والاستيلا فاعتراض
الاسلام عليه لا يبطله بخلاف ما اذا اسلم قبل الاسر انه يكون حرا ولا يدخل
في القسمة لان عند الاخذ والاسر لم يتعلق به حق احد وكان الاسلام دافعا
الحق لا رافعا اياه على ما بينا واما بعد الاحراز بدار الاسلام قبل القسمة فيثبت
الملك او يتاكد الحق ويتقرر لان الاستيلا السابق انعقد سببا لثبوت الملك
او تاكد الحق على ان يصير علة عند وجود شرطها وهو الاحراز بدار الاسلام
قبل الاسلام وقد وجد فتجوز القسمة وتجري فيه الارث ويضمن المتلف وتنقطع
شركة المدد ونحو ذلك الا انه لو اعتق واحد من الغانمين عبدا من المغنم
لا ينفذ اعتاقه استحسانا لان نفاذ الاعتاق يقف على الملك الخاص ولا يتحقق
ذلك الا بالقسمة فاما الموجود قبل القسمة فملك عام او حق متاكد وانه لا يحتمل
الاعتاق لكنه يحتمل الارث والقسمة ويكفي لايجاب الضمان وانقطاع شركة
المدد على ما بينا وكذلك لو استولد جارية من المغنم وادعى الولد لا تصير
ام ولد له استحسانا لما بينا ان ثبات النسب وامومية الولد تقف على ملك
خاص وذلك بالقسمة او حق خاص ويلزمه العقر لان الملك العام او الحق
المتاكد يكون مضمونا بالاتلاف واما بعد القسمة فيثبت الملك الخاص لكل
واحد منهم في نصيبه لان القسمة افراز الانصبا وتعيينها ولو قسم الامام الغنايم
فوقع عبد في سهم رجل فاعتقه لا شك انه ينفذ اعتاقه لان الاعتاق
صادف ملكا خاصا فاما اذا وقع في سهم جماعة منهم عبد فاعتقه احدهم ينفذ
اعتاقه عند ابي حنيفة رحمه الله قل الشركا او كثروا وروي عن ابي يوسف
ان كانوا عشرة او اقل منها ينفذ اعتاقه وان كانوا اكثر من ذلك لا ينفذ
فابو حنيفة رحمه الله نظر في خصوص الملك الى القسمة وابو يوسف الى العدد
والصحيح نظر ابي حنيفة لان القسمة تمييز وتعيين وكانت قاطعة لعموم
لعموم الشركة مخصصة للملك وان كثر العدد والله اعلم ولو اخذ المسلمون
غنيمة ثم غلبهم العدو فاستنقذوها من ايديهم ثم جا عسكر اخر فاخذها
من العدو فاخرجوها الى دار الاسلام ثم اختصم الفريقان نظر في ذلك فان
كان الاولون لم يقتسموها ولم يحرزوها بدار الاسلام فالغنيمة للاخرين
لان الاولين لم يثبت لهم الا مجرد حق غير متقرر وقد ثبت للاخرين ملك
عام او حق متقرر يجري مجرى الملك فكانوا اولى بالغنايم وان كان الاولون قد

ونحو ذلك صح

الملك العام او الحق المتاكد م ولم يوجد صح

م احدهم صح

اقتسموها

اقتسموها فالغنيمة لهم وان كانوا لم يحرزوها بدار الاسلام لانهم ملكوها
بالقسمة ملكا خاصا فاذا غلبهم الكفار فقد استولوا على املاكهم فان وجدوها
في يد الاخرين قبل القسمة اخذوها بغير شي وان وجدوها بعد القسمة
اخذوها بالقيمة ان شاوا كما في ساير اموالهم التي استولى عليها العدو ثم
وجدوها في يد الغانمين قبل القسمة وبعدها وان كانوا لم يقتسموها ولكنهم
احرزوها بدار الاسلام فان وجدوها بعد قسم الاخرين فالاخرون اولى
لان الثابت لهم ملك خاص بالقسمة والثابت للاولين ملك عام او حق متقرر
عام وكان اعتبار الملك الخاص اولى واما اذا وجدوها قبل قسمة الاخرين
ففيه روايتان ذكر في الزيادات ان الاولين اولى وذكر في السير الكبير ان
الاخرين اولى وجه رواية الزيادات ان الثابت لكل واحد من
الفريقين ان كان هو الحق المتاكد لكن نقض الحق بالحق جايز لان الشي
يحتمل الانتقاض بمثله كما في الفسخ ولهذا جاز نقض الملك بالملك وجه
الرواية الاخرى ان حق الاخرين ثابت متقرر وحق الاولين زايل ذاهب
فاستصحاب الحالة الثانية اولى اذ هو يصلح للترجيح وهذا هو القياس
في الملك وكان ينبغي ان لا ينتقض الحادث بالقديم الا ان النقض هناك ثبت
نصا بخلاف القياس فيقتصر على مورد النص هذا اذا كان الكفار احرزوا
الاموال بدار الحرب فان كانوا لم يحرزوها حتى اخذها الفريق الاخر
من المسلمين منهم في دار الحرب الاسلام فالغنايم للاولين سوا قسمها الاخرون
او لم يقتسموها لان الكفار لا يملكون اموال المسلمين بالاستيلا الا بعد الاحراز
بدار الحرب ولم يوجد فكانت الغنايم في حكم يد الاولين ما دامت في
دار الاسلام فكان الاخرين اخذوه من ايدي الاولين فيلزمهم الرد عليهم
الا اذا كان الامام قسمها بين الاخرين ورأيه ان الكفرة قد ملكوها بنفس
الاستيلا وان كانوا في دار الاسلام كما هو مذهب بعض الناس وكانت قسمته
في محل الاجتهاد فينفذ ويكون للاخرين والله اعلم هذا الذي ذكرنا من
كون الاحراز بدار الاسلام شرطا لثبوت الملك في الغنايم المشتركة واما
الغنايم الخالصة وهي الانفال فهل هو شرط فيها قال بعض المشايخ انه شرط
عند ابي حنيفة حتى لا يثبت الملك فيها قبل الاحراز بدار الاسلام وعند محمد ليس
بشرط فيثبت الملك فيها بنفس الاخذ والاصابة استدلالا بمسلة ظهر
فيها الاختلاف بينهما وهي ان الامام اذا نفل فقال من اصاب جارية فهي له فاصاب

استصحاب الحال يصلح للترجيح

م الملك صح

وا

ث

رجل من المسلمين جارية فاستبرأها في دار الحرب بحيضة لا يحل له وطؤها عند أبي حنيفة
وعند محمد تحل وقال بعضهم الإحراز بالدار ليس بشرط لثبوت الملك في الأنفال
بالإجماع واختلافهما في تلك المسألة لا يدل على الاختلاف في ثبوت الملك لأنه كما
ظهر الاختلاف بينهما في النفل فقد ظهر الاختلاف في الغنيمة المقسومة فإن
الإمام إذا قسم الغنائم في دار الحرب فأصاب رجلا جارية فاستبراها
بحيضة فهو على الاختلاف وكذا إذا رأى الإمام بيع الغنائم فباع من رجل جارية
فاستبراها المشتري بحيضة فهو على الاختلاف ولا خلاف بين أصحابنا
في الغنائم المقسومة أنه لا يثبت الملك فيها قبل الإحراز بدار الإسلام دل أن
منشأ الخلاف هناك شيء آخر وراء ثبوت الملك وعدمه والصحيح أن ثبوت الملك
في النفل لا يقف على الإحراز بدار الإسلام باتفاق بين أصحابنا بخلاف الغنائم المقسومة
لأن سبب الملك فيها تحقق وهو الأخذ والاستيلاء ولا يجوز تأخير الحكم
عن سببه إلا لضرورة وفي الغنائم ضرورة وهي خوف شر الكفرة لأنه لو
(المقسومة صح)
ثبت الملك بنفس الأخذ لاشتغلوا بالقسمة ولتسارع كل أحد إلى إحراز نصيبه
بدار الإسلام وتفرق الجمع وفيه خوف توجه الشر عليهم من الكفرة فتأخر
الملك فيها إلى ما بعد الإحراز بدار الإسلام وهذه الضرورة منعدمة في الأنفال
(لهذه الضرورة صح)
لأنها خاصة غير مقسومة فلا معنى لتأخير الحكم عن السبب والدليل على
التفرقة بينهما أن المدد إذا لحق الجيش لا يشارك المنفل له كما بعد الإحراز
بالدار بخلاف الغنيمة المقسومة وكذا لو مات المنفل له يورث نصيبه كما
لو مات بعد الإحراز بالدار بخلاف الغنيمة المقسومة فيثبت بهذه الدلائل أن
الملك في النفل لا يقف على الإحراز بالدار بلا خلاف بين أصحابنا إلا أن هذا النوع
من الملك لا يظهر في حق حل الوطء عند أبي حنيفة رحمه الله وهذا لا يدل على
عدم الملك أصلا ألا ترى أن حل الوطء قد يمتنع مع قيام الملك لعوارض من
الحيض والنفاس والمحرمية والصهرية ونحو ذلك ثم إنما لم يثبت الحل
هناك مع ثبوت الملك لأنه ملك متزلزل غير متقرر لاحتمال الزوال ساعة
فساعة لأن الدار دارهم فكان احتمال الاسترداد قائما ومتى استردوا ارتفع
السبب من حين وجوده ويلتحق بالعدم إما من كل وجه أو من وجه فتبين
أن الوطء لم يصادف محله وهو الملك المطلق ولهذا والله أعلم قال أبو حنيفة
إنه لا يحل وطؤها بعد قسمة الإمام وبيعه إذا رأى ذلك وإن وقعت قسمته
جائزة وبيعه نافذا مفيدا للملك في هذه الصورة لما ذكرنا من المعنى والله أعلم

وأما بيان ما يجوز الانتفاع به من الغنائم وما لا يجوز فالكلام فيه في موضعين
أحدهما في بيان ما ينتفع به منها والثاني في بيان من ينتفع به أما الأول فلا
بأس بالانتفاع بالمأكول والمشروب والعلف والحطب منها قبل الإحراز بدار الإسلام
فقيرا كان المنتفع أو غنيا لعموم الحاجة إلى الانتفاع بذلك في حق الكل لأنهم لو
كلفوا حملها من دار الإسلام إلى دار الحرب مدة ذهابهم وإيابهم ومقامهم فيها
لوقعوا في حرج عظيم بل يتعذر عليهم ذلك فسقط اعتبار حق كل واحد من
الغانمين في حق صاحبه والتحق بالعدم شرعا والتحقت هذه الحالة بالمباحات
الأصلية لهذه الضرورة ولذلك كل ما كان مأكولا مثل السمن والزيت والخل لا بأس
أن يتناوله الرجل ويدهن به نفسه ودابته لأن الحاجة إلى الانتفاع بهذه
الأشياء قبل الإحراز بدار الإسلام لازمة وما كان من الأدهان لا يؤكل مثل البنفسج
والخيري فلا ينبغي أن ينتفع به لأن الانتفاع به ليس من الحاجات اللازمة
بل من الحاجات الزائدة ولا ينبغي أن يبيعوا شيئا من الطعام والعلف وغير ذلك
مما يباح الانتفاع به بذهب ولا فضة ولا عروض لأن إطلاق الانتفاع وإسقاط
اعتبار الحقوق وإلحاقها بالعدم للضرورة التي ذكرنا ولا ضرورة في البيع ولأن
محل البيع هو المال المملوك وهذا ليس بمال مملوك لأن الإحراز بالدار شرط
ثبوت الملك ولم يوجد فإن باع رجل شيئا رد الثمن إلى الغنيمة لأن الثمن
بدل مال تعلق به حق الغانمين فكان مردودا إلى المغنم ولو أحرزوا شيئا
من ذلك بدار الإسلام وهو في أيديهم لانعدام الضرورة وإن كانت قد
(فإن كانت لم تقسم الغنائم ردوها إلى المغنم صح)
قسمت الغنيمة فإن كانوا أغنياء تصدقوا به على الفقراء وإن كانوا فقراء ينتفعوا
به لتعذر قسمته على الغزاة لكثرتهم وقلته فأشبه اللقطة والله أعلم هذا
إذا كانت قائمة بعد القسمة فإن كان انتفع بها قبل القسمة فإن كان غنيا
تصدق بقيمته على الفقراء لأنه أكل مالا لو كان قائما لكان سبيله التصدق
لكونه مالا تعلق به حق الغانمين وتعذر صرفه عليهم لقلته وكثرتهم
فيقوم بدله مقامه وهو قيمته وإن كان فقيرا لم يجب عليه شيء لأنه أكل
مالا لو كان قائما لكان له أن يأكله وأما سوى المأكول والمشروب والعلف
والحطب فلا ينبغي أن ينتفعوا به لأن حق الغانمين متعلق به وفي الانتفاع
إبطال حقهم إلا أنه إذا احتاج إلى استعمال شيء من السلاح أو الدواب أو الثياب
فلا بأس باستعماله بأن انقطع سيفه فلا بأس بأن يأخذ سيفا من الغنيمة
فيقاتل به لكنه إذا استغنى عنه رده إلى الغنيمة وكذا إذا احتاج إلى ركوب

فرسا او لبس ثوبا اذا دفع حاجته به رده الى المغنم لان هذا موضع الضرورة
ايضا لكن الثابت بالضرورة لا يتعدى محل الضرورة حتى انه لو اراد ان
يستعمل شيئا من ذلك وقاية لسلاحه ودوابه وثيابه وصيانة لها فلا
ينبغي له ذلك لانعدام تحقق الضرورة وكذا اذا ذبحوا البقر والغنم واكلوا
اللحم ردوا الجلد الى المغنم لان الانتفاع به ليس من الحاجات اللازمة والله
اعلم واما بيان من ينتفع بالغنائم فنقول انه لا ينتفع بها الا الغانمون فلا
يجوز للتجار ان ياكلوا شيئا من الغنيمة الا بثمن لان سقوط اعتبار حق كل
واحد من الغانمين في حق صاحبه لمكان الضرورة ولا يجوز اسقاط اعتبار
الحقيقة من غير ضرورة ولا ضرورة في حق غيرهم وللغانمين ان ياكلوا
ويطعموا عبيدهم ونساهم وصبيانهم لان انفاق الرجل على هولاء انفاق على
نفسه لان نفقتهم عليه والاصل ان كل من عليه نفقته فله ان يطعمه
ومن لا فلا ولا يجوز لاجير الرجل للخدمة ان ياكل لان نفقته على نفسه لا
عليه وللمراة اذا دخلت دار الحرب لمداواة المرضى والجرحى ان تاكل وتعلف
دابتها وتطعم رقيقها لان المراة تستحق الرضخ من الغنيمة فكانت من الغانمين
والله اعلم واما بيان كيفية قسمة الغنائم وبيان مصارفها فنقول
وبالله التوفيق ان الغنائم تقسم على خمسة اسهم سهم منها وهو خمس الغنيمة
لاربابه واربعة اخماسها للغانمين اما الخمس فالكلام فيه في بيان كيفية
قسمة الخمس وفي بيان مصرفه فنقول لا خلاف في ان خمس الغنيمة
في حال حياة النبي صلى الله عليه وسلم كان يقسم على خمسة اسهم سهم للنبي صلى الله
عليه وسلم وسهم لذوي القربى وسهم لليتامى وسهم للمساكين وسهم لابناء
السبيل قال الله تعالى واعلموا انما غنمتم من شيء فان لله خمسه وللرسول
ولذي القربى واليتامى والمساكين وابن السبيل واضافة الخمس الى الله تعالى
يحتمل ان يكون لكونه مصروفا الى وجوه القرب التي هي لله تعالى وهو قوله
وللرسول ولذي القربى الاية على ما تضاف المساجد والكعبة الى الله تعالى
ويحتمل ان يكون لخلوصه لله تعالى لخروجه عن تصرف الغانمين كقوله الملك
يومئذ لله والملك في كل الايام كلها لله تعالى لكن خص ذلك اليوم بالملك له فيه لانقطاع
تصرف الاغيار والله اعلم ثم اختلف العلماء في سهم رسول الله صلى الله عليه وسلم وفي سهم
ذوي القربى بعد وفاته اما سهم رسول الله صلى الله عليه وسلم فقد قال علماؤنا رحمهم
الله انه سقط بعد وفاته وقال الشافعي رحمه الله انه لم يسقط ويصرف الى الخلفاء

منه صح

لكونها مواضع اقامة العبادات والقرب التي هي لله تعالى ويحتمل ان يكون تعظيما للخمس على ما هو الاصل في اضافة جزئيات الاشياء الى الله تعالى انها تخرج مخرج تعظيم المضاف كقوله بيت الله وناقة الله صح

لان رسول الله صلى الله عليه وسلم انما كان ياخذه كفاية له لاشتغاله بمصالح المسلمين
والخلفاء بعده مشتغلون بذلك فيصرف سهمه اليهم كفاية لهم ولنا
ان ذلك الخمس كان خصوصية لرسول الله صلى الله عليه وسلم كالصفي الذي
كان له والفيء وهو الذي كان لم يوجف عليه المسلمون بخيل ولا ركاب ثم لم
يكن لاحد خصوص من الفيء والصفي فكذا يجب ان لا يكون لاحد خصوص من
الخمس ولهذا لم يكن للخلفاء الراشدين بعده خمسه انه لو بقي بعده لكان بطريق
الارث وقد قال صلى الله عليه وسلم انا معاشر الانبياء ما نورث ما تركنا صدقة
واما سهم ذوي القربى فقد قال الشافعي انه باق ويصرف الى اولاد بني هاشم
من اولاد بني فاطمة وغيرها يستوي فيه فقيرهم وغنيهم واما عندنا فعلى
الوجه الذي كان بقي واختلف المشايخ فيه انه كيف كان والصحيح انه
كان لفقراء القرابة دون اغنيائهم يعطون لفقرهم وحاجتهم لا لقرابتهم وقد
بقي كذلك بعد وفاته فيجوز ان يعطى فقراء قرابة النبي صلى الله عليه وسلم
كفايتهم دون اغنيائهم ويقدمون على غيرهم من الفقراء ويجاوز لهم من الخمس
ايضا لما لا حظ لهم من الصدقات لكن يجوز ان يعطى غيرهم من فقراء المسلمين
دونهم فيقسم الخمس عندنا على ثلاثة اسهم سهم لليتامى وسهم للمساكين وسهم
لابناء السبيل ويدخل فقراء ذوي القربى فيهم ويقدمون ولا يدفع الى اغنيائهم شيء
وعند الشافعي سهم لذوي القربى على حدة يصرف الى غنيهم وفقيرهم احتج
الشافعي بقوله تعالى واعلموا انما غنمتم من شيء فان لله خمسه وللرسول ولذي
القربى الاية فان الله تعالى جعل سهما لذي القربى وهم القرابة من غير فصل بين
الفقير والغني وكذا روي ان رسول الله صلى الله عليه وسلم قسم الخمس على خمسة
اسهم واعطى سهما منها لذي القربى ولم يعرف له ناسخ في حال حياته ولا نسخ بعد
وفاته ولنا ما رواه محمد بن الحسن رحمه الله في كتاب السير ان ابا بكر
وعمر وعثمان وعليا رضي الله عنهم اجمعين قسموا خمس الغنائم على ثلاثة اسهم
سهم لليتامى وسهم للمساكين وسهم لابناء السبيل بمحضر من الصحابة ولم
ينكر عليهم احد فيكون اجماعا منهم على ذلك وبه يتبين ان ليس المراد من
ذوي القربى قرابة الرسول صلى الله عليه وسلم اذ لا يظن بهم مخالفة كتاب
الله تعالى ومخالفة رسول الله صلى الله عليه وسلم في فعله ومنع الحق عن المستحق
وكذا لا يظن بمن حضرهم من الصحابة رضي الله عنهم السكوت عما لا يحل مع علمهم وصفهم
الله تعالى بالامر بالمعروف والنهي عن المنكر وكذا الظاهر الاية لا يدل عليه لان اسم

خاصة صح

خاصة صح

ذوي القربى يتناول عموم القرابات الا ترى الى قوله تعالى للرجال نصيب مما ترك الوالدان
والاقربون ولم يفهم منه قرابة الرسول صلى الله عليه وسلم خاصة وكذا قوله تع
الوصية للوالدين والاقربين ولم ينصرف الى قرابة الرسول صلى الله عليه وسلم
وما روى انه صلى الله عليه وسلم قسم الخمس على خمسة اسهم واعطى ذا القربى سهما
نعم لكن الكلام في انه اعطاهم لفقرهم وحاجتهم او لقرابتهم وقد علمنا بقسمة الخلفا
الراشدين انه اعطاهم لحاجتهم وفقرهم لا لقرابتهم والدليل انه صلى الله عليه وسلم
كان يتشدد في امر الغنائم فتناول من وبر بعير وقال لا يحل لي من غنائمكم
مثل هذه الوبرة الا الخمس وهو مردود فيكم ردوا الخيط والمخيط فان
الغلول عار ونار وشنار على صاحبه يوم القيامة لم يخص القرابة بشي من
الخمس بل عم المسلمين جميعا بقوله والخمس مردود فيكم وذلك ان سبيلهم
سبيل سائر فقراء المسلمين يعطى من يحتاج منهم كفايته والله اعلم ولو اعطي
اي فريق ممن سماهم الله تعالى جاز لان ذكر هؤلاء الاصناف لبيان المصارف
لا لايجاب الصرف الى صنف منهم شيا بل لتعيين المصرف حتى لا يجوز الصرف
الى غير هؤلاء كما في الصدقات واما الكلام في الاربعة الاخماس ففي موضعين في
بيان من يستحق السهم منها ومن لا يستحق وفي بيان مقدار الاستحقاق اما الاول
فالذي يستحق السهم منها هو الرجل المسلم المقاتل وهو ان يكون من اهل القتال
ودخل دار الحرب على قصد القتال سوا قاتل او لم يقاتل لان القتال والجهاد
ارهاب العدو وذا كما يحصل بمباشرة القتال يحصل بثبات القدم في صف
القتال ردا للمقاتلة خشية كر العدو عليهم ولذا روي ان اصحاب بدر كانوا
اثلاثا ثلث في نحر العدو يقتلون ويأسرون وثلث يجمعون الغنائم وثلث
يكونون ردءا لهم خشية كر العدو عليهم وسوا كان صحيحا او مريضا شابا
او شيخا حرا او عبدا ماذونا بالقتال لانه من اهل القتال فاما المراة والصبي
العاقل والذمي والعبد المحجور فليس لهم سهم كامل لانهم ليسوا من اهل
القتال الا ترى انه لا يجب القتال على الصبي والذمي اصلا ولا يجب على المراة
والعبد الا عند الضرورة وهي ضرورة عموم النفير لذلك لم يستحقوا
كمال السهم ولكن يرضخ لهم على حسب ما يراه الامام وكذا روي ان رسول الله
صلى الله عليه وسلم كان لا يعطي العبيد والصبيان والنسوان سهما كاملا من
الغنائم وكذا لا يسهم للتاجر لانه لم يدخل الدار على قصد القتال الا اذا قاتل مع
العسكر فانه يستحق ما يستحقه العسكر لانه تبين انه دخل الدار على قصد

القتال

عليه صح

القتال وكان مقاتلا ولا يسهم للاجير لانعدام الدخول على قصد القتال فان قاتل
ينظر في ذلك فان ترك الخدمة فقد التحق بالعسكر وان لم يترك فلا شي له اصلا
لانه اذا لم يترك تبين انه لم يدخل على قصد القتال واما بيان مقدار الاستحقاق
وبيان حال المستحق وهو المقاتل فنقول والله التوفيق والعصمة المقاتل
اما ان يكون راجلا واما ان يكون فارسا فان كان راجلا فله سهم واحد وان
كان فارسا فله سهمان عند ابي حنيفة وزفر وعند ابي يوسف ومحمد ثلاثة اسهم
سهم له وسهمان لفرسه وبه اخذ الشافعي وروايات الاخبار تعارضت
في الباب روي في بعضها ان رسول الله صلى الله عليه وسلم قسم للفارس سهمين وفي
بعضها انه قسم له ثلاثة اسهم الا ان رواية السهمين عاضدها القياس وهو ان
الرجل اصل في الجهاد والفرس تابع له لانه آلة الا ترى ان فعل الجهاد يتقوم
بالرجل وحده ولا يتقوم بالفرس وحده فكان الفرس تابعا له في الجهاد ولا يجوز
تفضيل التبع على الاصل في السهم واخبار الاحاد اذا تعارضت فالعمل بما عاضده
القياس اولى ويستوي فيه العتيق من الخيل والفرس والبرذون لانه لا
فصل في النصوص بين فارس وفارس ولان استحقاق سهم الفرس لحصول
ارهاب العدو به والله تعالى وصف جنس الخيل بذلك بقوله ومن رباط
الخيل ترهبون به عدو الله وعدوكم فلا يفضل بين نوع ونوع ولا يسهم
لاكثر من فرس واحد عند ابي حنيفة ومحمد وزفر وعند ابي يوسف يسهم
لفرسين وجه قول ابي يوسف ان الغازي تقع الحاجة له الى فرسين
يركب احدهما ويجنب الاخر حتى اذا اعيي المركوب عن الكر والفر تحول الى
جنيبه وجه قولهم ان الاسهام للخيل في الاصل ثبت على مخالفة القياس
لان الخيل آلة الجهاد ثم لا يسهم لسائر آلات الجهاد فكذا الخيل الا ان الشرع ورد
به لفرس واحد فالزيادة على ذلك يرد الى اصل القياس على ان ورود الشرع
ان كان معلولا بكونه آلة مرهبة للعدو بخلاف سائر الالات فالمعتبر هو
اصل الارهاب بدليل انه لا يسهم لما زاد على فرسين بالاجماع مع ان معنى الارهاب
يزداد بزيادة الفرس ثم اختلف في ان حال المقاتل من كونه فارسا او راجلا في
اي وقت يعتبر وقت دخوله دار الحرب ام وقت شهود الوقعة فعندنا
يعتبر وقت دخوله دار الحرب اذا دخلها على قصد القتال وعند الشافعي
يعتبر وقت شهود الوقعة حتى ان الغازي اذا دخل دار الحرب فارسا فمات

باب صح

فرسه او نفروا خنه العدو فله سهم الفرسان عندنا وعنده له سهم الرجالة
واحتج بما روي عن عمر رضي الله عنه انه قال الغنيمة لمن شهد الوقعة ولان
استحقاق الغنيمة بالجهاد ولم يوجد وقت دخول دار الحرب لان الجهاد بالمقاتلة
ودخول دار الحرب من باب قطع المسافة لا من باب المقاتلة ولنا ان الله
تعالى جعل الغنايم للمجاهدين قال الله تعالى فكلوا مما غنمتم حلالا طيبا وقال
واعلموا انما غنمتم من شي وقال وعدكم الله مغانم كثيرة تاخذونها وقال واذ
يعدكم الله احدى الطايفتين انها لكم وغير ذلك من النصوص والذي جاوز
الدرب فارسا على قصد القتال مجاهد لوجهين احدهما ان المجاوزة على هذا
الوجه ارهاب العدو وانه جهاد والدليل على انه ارهاب العدو قوله تعالى
ومن رباط الخيل ترهبون به عدو الله وعدوكم ولان ديار الحرب لا تخلوا
عن عيون الكفرة وطلايعهم فاذا دخلها جيش كثيف رجالا وركبانا فالجواسيس
يخبرونهم بذلك فيقع الرعب في قلوبهم حتى يتركوا القرى والرساتيق هربا
الى القلاع والحصون المنيعة فكان مجاوزة الدرب على قصد القتال ارهاب
العدو وانه جهاد والثاني ان فيه غيظ الكفرة وكبتهم لان وطي اراضيهم
وعقر دارهم مما يغيظهم قال الله تعالى ولا يطون موطيا يغيظ الكفار
وفيه قهرهم وما الجهاد الا قهر اعدا الله تعالى لاعزاز دينه واعلاء كلمته فدل
ان مجاوزة الدرب فارسا على قصد القتال جهاد ومن جاهد فارسا فله سهم
الفرسان ومن جاهد راجلا فله سهم الرجالة بقوله صلى الله عليه وسلم للفارس
سهمان وللراجل سهم واما عمر رضي الله عنه فيحتمل انه قال ذلك في وقعة خاصة
بان وقع القتال في دار الاسلام او في ارض فتحت عنوة وقهرا ثم لحق المدد او
يحمل على هذا توفيقا بين الدلايل بقدر الامكان صيانة عن التناقض ونحن
به نقول ان المدد لا يشاركونهم في الغنيمة في تلك الوقعة الا اذا شهدوها
ولا كلام فيه وعلى هذا اذا دخل راجلا ثم اشترى فرسا او استاجر او استعار
او وهب له فله سهم الرجالة عندنا لاعتبار وقت الدخول وعند الشافعي له
سهم الفرسان لاعتبار وقت الشهود وقال الحسن في هذه الصورة اذا قاتل
فارسا فله سهم فارس وعلى هذا اذا دخل فارسا ثم باع فرسه او اجره او
رهنه او اعاره فقاتل وهو راجل فله سهم راجل ذكره في السير الكبير وروى
الحسن عن ابي حنيفة وسوى على هذه الرواية بين البيع والموت وبين البيع قبل

م الله صح
القتال صح
م لها صح
م انه له سهم فارس صح

شهود

شهود الوقعة وبعدها والصحيح جواب ظاهر الرواية لان المجاوزة فارسا على قصد
القتال دليل الجهاد فارسا ولما باع فرسه تبين انه لم يقصد به الجهاد فارسا
بل قصد به التجارة وكذا هذا في الاجارة والاعارة والرهن بخلاف ما بعد شهود
الوقعة لان البيع بعده لا يدل على قصد التجارة لان الغازي لا يبيع فرسه ذلك
الوقت لقصد التجارة عادة بل القصد ثبات القدم والتشمر للقتال بعامة ما
في وسعه وامكانه والله اعلم **فصل** واما بيان حكم استيلا الكفرة
على اموال المسلمين فالكلام فيه في موضعين احدهما في بيان اصل الحكم والثاني
في بيان كيفيته اما الاول فنقول لا خلاف في ان الكفار اذا دخلوا دار الاسلام
فاستولوا على اموالهم ولم يحرزوها بدارهم انهم لا يملكونها حتى لو ظهر عليهم
المسلمون واخذوا ما في ايديهم لا يصير ملكا لهم وعليهم ردها على اربابها
بغير شي وكذا لو قسموها في دار الاسلام ثم ظهر عليهم المسلمون فاخذوها
من ايديهم اخذها اصحابها بغير شي لان قسمتهم لم تجز لعدم الملك فكان
وجودها والعدم بمنزلة واحدة بخلاف قسمة الامام الغنايم في دار الحرب
انها جايزة وان لم يثبت الملك فيها في دار الحرب لان قسمة الامام انما تجوز
عندنا اذا اجتهد وافضى رايه الى الملك حتى لو قسم مجازفة لا تجوز على ان القسمة
هنا قضا صدر من امام جايز القضا ولم يوجد ههنا ولا خلاف في انهم ايضا
اذا استولوا على رقاب المسلمين ومدبريهم وامهات اولادهم ومكاتبيهم انهم
لا يملكونهم وان احرزوهم بالدار واختلف فيما اذا دخلوا دار الاسلام فاستولوا
على اموال المسلمين فاحرزوها بدار الحرب قال علماونا رحمهم الله يملكونها حتى
لو كان المستولى عليه عبدا فاعتقه الحربي او باعه او كاتبه او دبره او كانت امة
فاستولدها جاز ذلك خاصة وقال الشافعي لا يملكونها وجه قوله انهم استولوا
على مال معصوم والاستيلا على مال معصوم لا يفيد الملك كاستيلا المسلم على مال
المسلمين واستيلايهم على الرقاب وانما قلنا ان عصمة مال المسلم ثابتة في حقهم
لانهم مخاطبون بالحرمات اذا بلغتهم الدعوة ان اختلفنا في العبادات والاستيلا
يكون محظورا والمحظور لا يصلح سبب الملك ولنا انهم استولوا على مال
مباح غير مملوك ومن استولى على مال مباح غير مملوك يملكه كمن استولى على
الحطب والحشيش والصيد ودلالة ان هذا استيلا على مال مباح غير
مملوك انه ملك المالك يزول بعد الاحراز بدار الحرب فتزول العصمة زوال
الملك والدليل على زوال الملك ان الملك هو الاختصاص بالمحل في حق التصرف

م الرواية صح
م ذلك صح
على مال معصوم صح
م ضرورة صح

او شرع للتمكن من التصرف في المحل وقد زال ذلك بالاحراز بالدار لان المالك لا
يمكنه الانتفاع به الا بعد الدخول ولا يمكنه الدخول بنفسه لما فيه من مخاطرة
الروح والقاء النفس في الهلكة وغيره ذلك قد لا يوافقه ولو وافقه فقد لا يظفر
به ولو ظفر به قلما يمكنهم الاسترداد لان الدار دارهم واهل الدار يذبون عن
دارهم فاذا زال معنى الملك او ما شرع له الملك يزول الملك ضرورة ولذا لو
استولوا على عبيدنا فهو على هذا الاختلاف لان العبد مال قابل للملك بالاستيلا
ولهذا يحتمل التملك بساير اسباب الملك بخلاف الاحرار والمدبرين والمكاتبين
وامهات الاولاد هذا اذا دخلوا دار الاسلام فاستولوا على عبيد المسلمين واحرزوهم
بدار الحرب فاما اذا ابق عبد او امة ولحق بدار الحرب فاخذه الكفار لا
يملكونه عند ابي حنيفة وعند ابي يوسف ومحمد يملكونه وجه قولهما
انهم استولوا على مال مباح غير مملوك فيملكونه قياسا على الدابة التي ندت
من دار الاسلام الى دار الحرب فاخذها الكفار وساير اموال المسلمين التي
استولوا عليها والدليل على انهم استولوا على مال مباح غير مملوك انه كما دخل
دار الحرب فقد زال ملك المالك لما ذكرنا في المسئلة الاولى وزوال الملك لا
يوجب زوال المالكية الا ترى انه لا يوجب زوال الرق وجه قول
ابي حنيفة ان الاستيلا لم يصادف محله فلا يفيد الملك قياسا على الاستيلا
على الاحرار والمدبرين والمكاتبين وامهات الاولاد ودلالة ان الاستيلا
لم يصادف محله ان محل الاستيلا هو المال ولم يوجد لان المالية في هذا
المحل انما تثبت ضرورة ثبوت الملك للغانمين لان الاصل فيه هو الحرية
وكما دخل دار الحرب فقد زال الملك لما ذكرنا في المسئلة الاولى المتقدمة فتزول
المالية الثابتة ضرورة ثبوته وكان ينبغي ان يزول الرق ايضا الا انه بقي
شرعا بخلاف القياس فيقتصر على مورد الشرع بخلاف الدابة لان المالية
فيها لا تثبت ضرورة ثبوت الملك لانها مال والاموال كلها محل لثبوت الملك
وبخلاف الابق المتردد في دار الاسلام لان الاستيلا حقيقة صادفه وهو
مال مملوك وكان ينبغي ان يثبت الملك للحال لوجود سببه الا انه تاخر الى
وقت الاحراز بالدار لمانع وهو ملك المالك فاذا احرزوه بدارهم فقد زال
المانع لزوال الملك فيعمل الاستيلا السابق عمله في اثبات الملك والملك لا
يثبت الا في المال فبقيت المالية ضرورة اما هاهنا الاستيلا حال كونه مالا
اصلا وبعد ما وجد الاستيلا لا مالية لزوال الملك فلم يصادف الاستيلا محله

فلا يفيد الملك واما بيان كيفية الحكم فنقول ملك المسلم يزول عن ماله باستيلا
الكفار عليه ويثبت لهم عندنا على وجه له حق الاعادة اما بعوض او بغير
عوض حتى لو ظهر عليهم المسلمون واخذوها واحرزوها بدار الاسلام فان
وجده المالك القديم قبل القسمة اخذه بغير شي سوا كان من ذوات الامثال
او من ذوات القيم وان وجده بعد القسمة فان كان من ذوات الامثال لا
ياخذه لانه لو اخذه اخذه بمثله فلا يفيد وان لم يكن من ذوات الامثال اخذه
بقيمته ان شا لان الاخذ بالقيمة مراعاة الجانبين جانب المالك القديم باعادة
الى قديم ملكه الخاص الماخوذ منه بغير عوض وجانب الغانمين بصيانة
ملكهم الخاص عن الزوال من غير عوض فكان الاخذ بالقيمة نظرا للجانبين
ومراعاة للحقين بخلاف ما اذا وجده قبل القسمة انه ياخذه بغير شي لان
الثابت للغانمين قبل القسمة بعد الاحراز ليس الا الحق المتاكد او الملك
العام وكانت الاعادة الى قديم الملك رعاية للملك الخاص اولى وقد
روي ان بعيرا لرجل من المسلمين استولى عليه الحرب ثم ظهر عليهم المسلمون
فوجده صاحبه في المغنم فسال رسول الله صلى الله عليه وسلم عن ذلك
فقال ان وجدته قبل القسمة فهو لك بغير شي وان وجدته بعد القسمة
فهو لك بالقيمة وكذلك لو كان الحربي باع الماخوذ من المسلمين ثم ظهر
عليها المسلمون فوجدها صاحبه فان المالك القديم ياخذه قبل القسمة بغير شي
وبعد القسمة بالقيمة لانه باعه مستحق الاعادة الى قديم الملك فيبقى كذلك
ولو كان المستولى عليه مدبرا او مكاتبا او ام ولد ثم ظهر عليه المسلمون
فاخرجوه الى دار الاسلام اخذه المالك القديم بغير شي قبل القسمة وبعدها
لانه حر من وجه والحر من كل وجه او من وجه لا يحتمل التملك بالاستيلا
ولهذا لا يحتمله بساير اسباب التملك فاذا حصلوا في ايدي الغانمين وجب ردهم
الى المالك القديم ولو وهب الحربي ما ملكه بالاستيلا لرجل من المسلمين اخذه المالك
القديم بالقيمة ان شا لان فيه نظرا للجانبين على ما بينا وكذلك لو باعه من مسلم
بعوض فاسد بان باع من مسلم عبدا المسلم بخمر او خنزير اخذه صاحبه بقيمة
العبد لان تسمية الخمر والخنزير لم يصح فكان هذا بيعا فاسدا والبيع الفاسد
مضمون بقيمة المبيع فصار كانه اشتراه بقيمته ولو لم يكن العوض فاسدا اخذه
بالثمن الذي اشتراه ان كان اشتراه بخلاف جنسه لان الاخذ عند اختلاف
الجنس مفيد وكذلك لو كان اشتراه بجنسه لكن باقل منه فانه ياخذه بمثل ما اشتراه

له
اهل صح
ان شاء صح

ولا يكون هذا ربا لان الربا فضل مال قصد استحقاقه بالبيع من غير عوض يقابله والمالك
القديم لا ياخذ بطريق البيع بل بطريق الاعادة الى قديم ملكه فلا يتحقق الربا وان
كان اشتراه بجنسه بمثله قدرًا لا ياخذ لانه لا يفيد ولو اشتراه رجل من العدو (ثم باعه صح)
من رجل اخر ثم حضر المالك القديم اخذه من الثاني بالثمن الثاني وليس له ان
ينقض البيع الثاني وياخذ بالثمن الاول من المشتري الاول في ظاهر الرواية
وروي عن محمد في النوادر ان المالك بالخيار ان شا نقض البيع واخذه بالثمن
الاول وان شا اخذه بالثمن الثاني وجه رواية النوادر ان اخذ المالك
القديم تملك ببدل فاشبه حق الشفعة ثم حق الشفيع مقدم على حق المشتري
فكذا حقه والجامع ان حق كل واحد منهما سابق على حق المشتري والسبق
من اسباب الترجيح وجه ظاهر الرواية انه لا ملك للمالك القديم في المحل
بوجه بل هو زايل من كل وجه وانما الثابت له حق الاعادة وانه ليس
بمعنى في المحل فلا يمنع جواز البيع فلا يملك نقضه بخلاف حق الشفعة
فان الشفيع يملك الشقص المشفوع مقتضي الاخذ بالشفعة بتمليك
البايع منه على ما عرف وعلى هذا الاصل اذا علم المالك القديم بشرى المأسور
وترك الطلب زمانا لا يبطل حقه لان هذا الاخذ ليس في معنى الاخذ بالشفعة
ليشترط له الطلب على سبيل المواثبة وعلى قياس ما روي عن محمد يبطل كما يبطل
حق الشفعة بترك الطلب على المواثبة وكذلك هذا الحق يورث في ظاهر الرواية
حتى لو مات المالك القديم كان لورثته ان ياخذوه وعلى قياس ما روي عن محمد
لا يورث كما لا يورث حق الشفعة والصحيح جواب ظاهر الرواية لان هذا
الاخذ ليس ابتدا تملك بل هو اعادة الى قديم الملك بخلاف الاخذ بالشفعة
وحق الاعادة الى قديم الملك بخلاف الاخذ بالشفعة وحق الاعادة الى
قديم الملك مما يحتمل الارث كحق الرد بالعيب وليس لبعض الورثة ان ياخذوا
ذلك البعض لانه حق ثبت للكل فلا ينفرد به البعض ولو اشترى المأسور (دون صح)
رجل وادخله دار الاسلام ثم اسره العدو ثانيا فاشتراه رجل اخر فادخله
دار الاسلام فالمشتري الاول احق من المالك القديم وليس للمالك القديم ان
ياخذه من المشتري الثاني لانه لما اسر من يد المشتري الاول نزل المشتري
الاول منزلة المالك القديم فكان حق الاخذ له لكن اذا اخذه المشتري الاول فللمالك
القديم ان ياخذه بالثمنين ان شا او يدع لانه لما اخذه المشتري الاول بالثمن فقد
قام عليه بالثمنين فكانه اشتراه بهذا القدر من المال ولم يوجد الاسر اصلا

ولو اعتق الحربي العبد المأسور في دار الحرب او دبره او كاتبه او كانت امة فاستولدها
ثم ظهر المسلمون عليها عتقت هي واولادها وكذا المدبر والمكاتب اما اذا اعتقه (فذلك كله جائز صح)
فلانه يد زالت عنه وهو مسلم فحصل في يد نفسه فعتق عليه كالعبد الحربي
اذا خرج الينا مسلما والاستيلاد فرع النسب والنسب يثبت في دار الحرب
وقهر الحربي كموته وان مات عتقت ام ولده كذا اذا غلب عليه وعتق المدبر
لهذا المعنى والمكاتب في يد نفسه لزوال يد المولى عنه وهو مسلم فيعتق ولانه (صار صح)
اذا قهر المولى سقط عنه بدل الكتابة فعتق لزوال رقه ولو كان المأسور
حرا فاشتراه مسلم واخرجه الى دار الاسلام فلا شي للمشتري على الحر لانه ما اشترا
حقيقة اذ الحر لا يحتمل التملك لكنه بذل مالا لاستخلاص الاسير بغير اذنه فكان
متطوعا فيه فلا يملك الرجوع عليه وان امره الحر بذلك فاشتراه ففعل بامره
رجع عليه لانه لما امره بذلك فكانه استقرض منه هذا القدر من المال
فاقرضه اياه ثم امره ان يدفعه الى فلان ففعل فيرجع عليه بحكم الاستقراض
ولو اسلم اهل الحرب ومتاع المسلمين الذي احرزوه في ايديهم فهو لهم ولا حق
للمالك القديم فيه لانه مال اسلموا عليه ومن اسلم على مال فهو له على لسان رسول (القديم صح)
الله صلى الله عليه وسلم هذا الذي ذكرنا حكم استيلا الكافر فاما حكم الشرا
فنقول الحربي اذا خرج الينا فاشترى عبدا مسلما يثبت الملك له فيه عندنا (الينا صح) (يجوز صح)
لكنه يجبر على البيع وكذلك لو خرج الينا بعبد فاسلم في يده يجبر على
البيع وعند الشافعي رحمه الله لا يجوز شرا الكافر العبد المسلم وهي مسلة
كتاب البيوع فان لم يبعه حتى دخل به دار الحرب عتق عند ابي حنيفة وعند
ابي يوسف ومحمد لا يعتق وجه قولهما ان احراز الكافر ماله بدار
الحرب اثره في زوال العصمة لا في زوال الملك فان مال الكافر مملوك لكنه غير
معصوم ووجه قول ابي حنيفة ان الثابت للحربي بالشرا ملك مجبور على ازالته
فلو لم يعتق بادخاله دار الحرب لم يبق الملك الثابت له شرعا بهذه الصفة
لتعذر الجبر بعد الاحراز بوجه فيودي الى تغيير المشروع وهذا لا يجوز ثم
طريق الزوال هو الاحراز بالدار وان كان هو في الاصل شرط زوال الملك والعصمة
في استيلا الكفار لتعذر تحصيل العلة عند تعذر تعليق الحكم بالعلة ولو اشترى (فاقيم الشرط مقامه على الاصل المعهود من اقامة الشرط مقام العلة صح)
عبدا ذميا فهو على الاختلاف ايضا لان الحربي مجبور على بيع العبد الذمي ايضا
ولا يترك ليدخله دار الحرب ولو اسلم عبد حربي في دار الحرب لا يعتق وهو
عبد على حاله بالاجماع لان الملك وان كان واجب الازالة لكن لا طريق للزوال

ها هنا فبقي على حاله ولو خرج هذا العبد الينا فان خرج مراغما لمولاه ولحق
بعسكر المسلمين عتق لان دار الحرب دار قهر وغلبة وقد قهر مولاه بخروجه
مراغما اياه وصار مستوليا على نفسه مستغنما اياها فيزول ملك المالك عنه
وقد روي ان رسول الله صلى الله عليه وسلم قال في اباق الطايف هولا عتقا
الله تعالى ولو خرج غير مراغم بان خرج باذن المولى للتجارة فهو عبد لمولاه
لكن يبيعه الامام ويقف ثمنه لمولاه اما كونه عبدا لمولاه فلانه لم يخرج قاهرا
مستوليا ولانه ملك مستحق الزوال بالاسلام واما وقف ثمنه لمولاه فلانه
باعه على ملكه وكذا لو لم يخرج مراغما ولكن ظهر المسلمون على الدار يعتق
ايضا لانه لما اسلم فقد بقي عليه ملك مستحق الزوال يحتاج الى طريق الزوال
وقد وجد وهو احراز نفسه بمنعة المسلمين وانه اسبق من احراز
المسلمين اياه بدار الاسلام ليملكوه فكان اولى ولو لم يخرج ولم يظهر على
الدار ولكن باعه الحربي من مسلم او حربي عتق عند ابي حنيفة
قبل المشتري البيع او لم يقبل وعند ابي يوسف ومحمد لا يعتق وجه
قولهما انه كان زال ملك البايع عنه فقد ثبت ملك المشتري فيه فلا يعتق
وجه قول ابي حنيفة ما ذكرنا ان هذا ملك مستحق الزوال موقوف زواله
على سبب الزوال او شرط الزوال على ما بينا فاذا عرضه على البيع والبيع
سبب لزوال الملك فقد رضي بزواله الى غيره فكان بزواله اليه ارضى
لانه استحق الزوال وغيره ما استحقه والرضا بالزوال شرط الزوال
ولو اسلم حربي في دار الحرب وله رقيق فيها فخرج هو الى دار الاسلام ثم
تبعه عبده بعد ذلك كافرا كان او مسلما فهو عبد لمولاه لان خروجه الى
مولاه كخروجه مع مولاه ولو كان خرج مع مولاه لكان عبدا لمولاه كذا هذا

فصل واما بيان الاحكام التي تختلف باختلاف الدارين فنقول
وبالله التوفيق لا بد اولا من معرفة معنى الدارين دار الاسلام ودار الكفر
لتعرف الاحكام التي تختلف باختلافهما ومعرفة ذلك مبنية على معرفة
ما به تصير الدار دار اسلام او دار كفر فنقول لا خلاف بين اصحابنا في ان
دار الكفر تصير دار اسلام بظهور احكام الاسلام فيها واختلفوا في دار الاسلام
انها بماذا تصير دار الكفر قال ابو حنيفة رحمه الله انها لا تصير دار الكفر
الا بثلاث شرايط احدها ظهور احكام الكفر فيها والثاني ان تكون متاخمة
لدار الكفر والثالث ان لا يبقى فيها مسلم ولا ذمي امنا بالامان الاول وهو امان

المسلمين

المسلمين وقال ابو يوسف ومحمد انها تصير دار الكفر بظهور احكام الكفر فيها
وجه قولهما ان قولنا دار الاسلام ودار الكفر اضافة الدار الى الاسلام والى الكفر
وانما تضاف الدار الى الاسلام والى الكفر بظهور الاسلام والكفر فيهما كما تسمى الجنة دار
السلام والنار دار البوار لوجود السلامة في الجنة والبوار في النار وظهور الاسلام
والكفر بظهور احكامهما فاذا ظهر احكام الكفر في دار فقد صارت دار كفر فصحت
الاضافة ولهذا صارت دار الاسلام بظهور احكام الاسلام فيها من غير شريطة
اخرى فكذا تصير دار الكفر بظهور احكام الكفر فيها والله اعلم ووجه
قول ابي حنيفة ان المقصود من اضافة الدار الى الاسلام والكفر ليس هو عين الاسلام
والكفر وانما المقصود هو الامن والخوف ومعناه ان الامان ان كان للمسلمين فيها
على الاطلاق والخوف للكفرة على الاطلاق فهي دار الكفر والاحكام مبنية على
الامان والخوف لا على الاسلام والكفر فكان اعتبار الامان والخوف اعلى الاسلام
والكفر فكان اعتبار الامان والخوف اولى فما لم تقع الحاجة للمسلمين الى الاستيمان
بقي الامن الثابت فيها على الاطلاق فلا تصير دار الكفر وكذا الامن الثابت على الاطلاق
لا يزول الا بالمتاخمة بدار الحرب فيتوقف صيرورتها دار الحرب على وجودهما
معا ان اضافة الدار الى الاسلام احتمل ان يكون لما قلتم واحتمل ان يكون لما قلنا
وهو ثبوت الامن فيها على الاطلاق للمسلمين وانما يثبت للكفرة بعارض الذمة
والاستيمان فان كانت الاضافة لما قلتم تصير دار الكفر لما قلتم وان كانت
الاضافة لما قلنا لا تصير دار الكفر الا بما قلنا فلا تصير دار الاسلام بيقين دار
الكفر بالشك على الاصل المعهود ان الثابت بيقين لا يزول بالشك والاحتمال
حيث تصير دار الاسلام بظهور احكام الاسلام فيها لان هناك الترجيح لجانب
الاسلام لقوله صلى الله عليه وسلم الاسلام يعلو ولا يعلى فزال الشك على ان الاضافة
ان كانت باعتبار ظهور الاحكام لكن لا تظهر احكام الكفر الا عند وجود هذين
الشرطين اعني المتاخمة وزوال الامان لانها لا تظهر الا بالمنعة ولا منعة الا
بهما والله اعلم وفائدة هذا الاختلاف في ارض اهل الاسلام ظهر عليها المشركون
واظهروا فيها احكام الكفر او كان اهلها ذمة فنقضوا الذمة واظهروا احكام
الشرك هل تصير دار الحرب فهو على ما ذكرنا من الاختلاف فاذا صارت دار
الحرب فحكمها اذا ظهرنا عليها وحكم ساير دور الحرب سوا وقد ذكرناه
ولو فتحها الامام ثم جاء اربابها فان كان قبل القسمة اخذوا بغير شي وان كان بعد
القسمة اخذوا بالقيمة ان شاوا لما ذكرنا من قبل وعاد الماخوذ على حكمه الاول

فهي دار الاسلام وان كان الامان فيها للكفرة على الاطلاق والخوف للمسلمين على الاطلاق صح

ماهي صح

والاحتمال صح

بخلاف دار الكفر صح

اهل صح

الخراجي عاد خراجيا والعشري عاد عشريا لان هذا ليس استحداث الملك بل هو عود قديم
الملك اليه فيعود بوظيفته الا اذا كان الامام وضع عليها الخراج قبل ذلك فلا يعود
عشريا لان صرف الامام صدر عن ولاية شرعية فلا يحتمل النقض **فصل**
واما الاحكام التي تختلف باختلاف الدارين فانواع منها ان المسلم اذا زني في دار
الحرب او شرب الخمر او قذف مسلما لا يوخذ بشي من ذلك لان الامام لا يقدر علي
اقامة الحدود في دار الحرب لعدم الولاية ولو فعل شيا من ذلك ثم رجع الي دار الاسلام
لا يقام عليه الحد ايضا لان الفعل لم يقع موجبا اصلا ولو فعل في دار الاسلام ثم هرب
الي دار الحرب يوخذ به لان الفعل وقع موجبا للاقامة فلا يسقط بالهرب
الي دار الحرب وكذا اذا قتل مسلما لا يوخذ بالقصاص وان كان عمدا لتعذر الاستيفا
الا بالمنعة اذ الواحد يقاوم الواحد والمنعة منعدمة ولان كونه في دار الحرب اورث
شبهة في الوجوب والقصاص لا يجب مع الشبهة ويضمن الدية خطا او عمدا
ويكون في ماله لا علي العاقلة لان الدية تجب علي القاتل ابتدا لان القتل وجد منه
ولهذا اوجب القصاص والكفارة علي القاتل لا علي غيره فكذا الدية تجب عليه
ابتدا هو الصحيح ثم العاقلة تتحمل عنه بطريق التعاون لما اتصل اليهم بحياته
من المنافع من النصرة والعز والشرف بكثرة العشاير والبر والاحسان لهم
ونحو ذلك وهذه المعاني لا تحصل عند اختلاف الدارين فلا تتحمل عنه
العاقلة وكذلك لو كان اميرا علي سرية او امير جيش فزنا رجل منهم او سرق
او شرب الخمر او قتل مسلما خطا او عمدا لم ياخذه الامير بشي من ذلك لان
الامام ما فوض اليه اقامة الحدود والقصاص لعلمه انه لا يقدر علي اقامتها في دار
الحرب الا انه يضمنه السرقة ان كان استهلكها ويضمنه الدية في باب القتل لانه
يقدر علي استيفا ضمان المال ولو غزى الخليفة او امير الشام ففعل رجل من العسكر
شيا من ذلك اقام عليه الحد واقتص منه في العمد وضمنه الدية في ماله في الخطا
لان اقامة الحدود الي الامام وتمكنه الاقامة بما له من القوة والشوكة باجتماع
الجيوش وانقيادها له فكان لعسكره حكم دار الاسلام ولو شذ رجل من العسكر
ففعل شيا من ذلك درئ عنه الحد والقصاص لاقتصار ولاية الامام علي العسكر
وعلي هذا ايضا يخرج الحربي اذا اسلم في دار الحرب ولم يهاجر الينا فقتله مسلم
عمدا او خطا انه لا قصاص عليه عندنا علي ما ذكرنا وهذا مبني علي التقوم عندنا
يثبت بدار الاسلام لان التقوم بالعزة ولا عزة الا بمنعة المسلمين وعند الشافعي
التقوم يثبت بالاسلام وعلي هذا اذا اسلم الحربي في دار الحرب ولم يعرف ان عليه
صلاة ولا صياما ثم خرج الي دار الاسلام فليس عليه قضا ما مضي وقال ابو يوسف
استحسن ان يجب عليه القضا وجه قوله ان الصلاة قد وجبت عليه لوجود سبب
الوجوب وهو الوقت وشرطه وهو الاسلام والصلاة الواجبة اذا فاتت عن وقتها
تقضي كالذمي اذا اسلم في دار الاسلام ولم يعرف ان عليه ذلك حتي مضي عليه
اوقات صلوات ثم علم وجه قول ابي حنيفة ان وجوب الشرايع يعتمد
البلوغ وهو العلم بالوجوب لان وجوبها لا يعرف الا بالشرع بالاجماع ان
اختلفا في الايمان الا ان حقيقة العلم ليست بشرط بل امكان الوصول اليه كاف
وقد وجد ذلك في دار الاسلام لانها دار العلم بالشرايع ولم يوجد في دار الحرب
لانها دار الجهل بها بخلاف وجوب الايمان وشكر النعم وحرمة الكفر والكفران
ونحو ذلك لان هذه الاحكام لا يقف وجوبها علي الشرع بل يجب بمجرد العقل
عندنا فان ابا يوسف روي عن ابي حنيفة يقول لا عذر لاحد من الخلق
في جهله معرفة خالقه لان الواجب علي جميع الخلق معرفة الرب جل جلاله
وتوحيده لما يري من خلق السموات والارض وخلق نفسه وساير ما خلق الله
تعالي فاما الفرايض فمن لم يعلمها ولم تبلغه فان هذا لم تقم عليه حجة
نقلته بلفظه وعلي هذا اذا دخل مسلم او ذمي دار الحرب بامان فعاقد حربيا
عقد الربا او غيره من العقود الفاسدة في حكم الاسلام جاز عند ابي حنيفة
ومحمد وكذلك لو كان اسيرا في ايديهم او اسلم في دار الحرب ولم يهاجر
الينا فعاقد حربيا وقال ابو يوسف لا يجوز للمسلم في دار الحرب الا ما يجوز له
في دار الاسلام وجه قول ابي يوسف ان حرمة الربا ثابتة في حق العاقدين
اما في حق المسلم فظاهر واما في حق الحربي فلان الكفار مخاطبون بالحرمات
قال الله تعالي واخذهم الربا وقد نهوا عنه ولهذا حرم مع الذمي والحربي
الذي دخل دار الاسلام بامان وجه قولهما ان اخذ الربا في معني اتلاف
المال واتلاف مال الحربي مباح وهذا لانه لا عصمة لمال الحربي فكان المسلم
بسبيل من اخذه الا بطريق الغدر والخيانة فاذا رضي به انعدم معني الغدر
بخلاف الذمي والحربي المستامن لان اموالهما معصومة عن الاتلاف
ولو ان عاقد هذا المسلم الذي دخل بامان مسلما اسلم هناك ولم يهاجر الينا
جاز عند ابي حنيفة وعندهما لا يجوز ولو كانا اسيرين او دخلا بامان
للتجارة فتعاقدا عقد الربا او غيره من البياعات الفاسدة لا يجوز بالاتفاق
وجه قولهما ان اخذ الربا من المسلم اتلاف مال معصوم من غير رضاه معني

او سرق صح

ان صح

وجوب صح

بلا دعواه فقال كان ابو حنيفة صح

نقلته صح

حق صح

لان الشرع حرم عليه ان تطيب نفسه بذلك بقوله صلى الله عليه وسلم من
زاد او استزاد فقد اربى والساقط شرعا والعدم حقيقة سوا فاشبه
تعاقد الاسيرين والتاجرين وجه قول ابي حنيفة ان اخذ الربا
في معنى اتلاف المال ومال الذي اسلم في دار الحرب ولم يهاجر الينا
غير مضمون بالاتلاف بدليل ان نفسه غير مضمونة بالقصاص
ولا بالدية عندنا وحرمة المال تابعة لحرمة النفس بخلاف التاجرين
والاسيرين فان مالهما مضمون بالاتلاف وعلى هذا اذا دخل مسلم
دار الحرب بامان فادانه حربي او ادان حربيا ثم خرج المسلم وخرج
الحربي مستامنا فان القاضي لا يقضي لواحد منهما على صاحبه بالدين وكذا
لو غصب احدهما صاحبه شيا لا يقضي بالغصب لان المداينة في دار الحرب
وقعت هدرا لانعدام ولايتنا عليهم ولانعدام ولايتهم ايضا في حقنا وكذا
غصب كل واحد منهما صادف مالا غير معصوم فلم ينعقد سببا لوجوب
الضمان وكذا لو كانا تاجرين داين احدهما صاحبه ثم خرجا مستامنين
ولو خرجا مسلمين يقضى بالدين لثبوت الولاية ولا يقضى بالغصب لما بينا
الا ان المسلم لو كان هو الغاصب يفتى بان يرده عليهم ولا يقضى عليه لانه
صار غادرا بهم ناقضا عهدهم فتلزمه التوبة ولا تتحقق التوبة الا برد
المغصوب وعلى هذا مسلمان دخلا دار الحرب بامان بان كانا تاجرين مثلا
فقتل احدهما صاحبه عمدا لا قصاص على القاتل لما بينا وان كان خطا فعليه
الدية في ماله والكفارة لانهما من اهل دار الاسلام وانما دخلا دار الحرب
لعارض امر الا انه لم يجب القصاص للشبهة ولتعذر الاستيفا على ما بينا
ولو كانا اسيرين او كان المقتول اسيرا مسلما فلا شي على القاتل الا الكفارة
في الخطا عند ابي حنيفة وعند ابي يوسف ومحمد عليه الكفارة والدية
وجه قولهما ان الاسيرين من اهل دار الاسلام كالمستامنين وانما الاسر
امر عارض ولابي حنيفة ان الاسير مقهور في يد اهل الحرب فصار
تابعا لهم فبطل تقومه والله اعلم وعلى هذا الحربي اذا اعتق عبده الحربي في دار
الحرب لا ينفذ عند ابي حنيفة ومحمد وعند ابي يوسف ينفذ وقيل لا
خلاف في العتق انه ينفذ انما الخلاف في الولا انه يثبت منه عندهما لا يثبت
وعنده يثبت وجه قوله ان ركن الاعتاق صدر من اهل الاعتاق في محل مملوك
للعتق فيصح كما لو اعتق في دار الاسلام وجه قولهما ان الاعتاق في دار الحرب

لا يفيد زوال الملك لان الملك في دار الحرب بالقهر والغلبة حقيقة فكل مقهور مملوك
وكل قاهر مالك هذا ديانتهم وانهم لا يعرفون سوى القدرة الحقيقية حتى ان العبد
منهم اذا قهر مولاه يصير هو مالكا ومولاه مملوكا وهذا لا يفيد الاعتاق في دار
الحرب فلا يوجب زوال ملك المالك هذا معنى قول مشايخنا ابي حنيفة
رحمه الله معتق بلسانه مسترق بيده وكذلك لو اشترى قريبه لا يعتق عليه
لانه لا يعتق بصريح الاعتاق فكيف يعتق بالشرا وكذا لو دبره او كاتبه
في دار الحرب حتى لو دخل دار الاسلام ومعه مدبر او مكاتب دبره او كاتبه
في دار الحرب جاز بيعه لان التدبير اعتاق مضاف الى ما بعد الموت والكتابة
تعليق العتق بشرط اداء بدل الكتابة ثم لم ينفذ اعتاقه المنجز فكذا المعلق
والمضاف ولو استولد امته في دار الحرب صح استيلاده حتى لو خرج بها
الى دار الاسلام لا يجوز بيعها لان الاستيلاد ادعا النسب للولد والحربي
من اهل ذلك لان انساب اهل الحرب ثابتة واذا ثبت النسب صارت ام ولد
له فخرجت عن محلية البيع لكونها حرة من وجه قال النبي صلى الله عليه وسلم
اعتقها ولدها ولو دخل الحربي الينا بامان ففعل شيا من ذلك نفذ كله لانه لما
دخل بامان فقد لزمه احكام الاسلام ما دام في دار الاسلام ومن احكام الاسلام
ان لا يملك المعتق ان يسترق بعد ما اعتقه بلسانه ولو دبر عبده في دار الاسلام
ثم رجع الى دار الحرب وخلف المدبر او خلف ام ولد التي استولدها في دار
الاسلام او في دار الحرب ثم مات على كفره او قتل او اسر يحكم بعتقهما اما اذا
مات او قتل فظاهر لان ام الولد والمدبر يعتقان بموت سيدهما والمقتول
ميت باجله وان رغم انف المعتزلة واما اذا اسر فلانه صار مملوكا فلم يبق
مالكا ضرورة واما مكاتبه الذي كاتبه في دار الاسلام ودخل هو الى دار الحرب
فهو مكاتب على حاله وبدل الكتابة عليه لورثته اذا مات وكذلك الرهون
والودايع والديون التي له على الناس وما كان للناس عليه فهي كلها على حالها
اذا مات لانه دخل دار الاسلام بامان ومعه هذه الاموال فكان حكم الامان
فيها باقيا وكذلك لو ظهر على الدار فهرب الحربي او قتل ولم يظهر على الدار
فملكه على حاله يعود فياخذه او تجي ورثته فياخذونه اما اذا هرب ولم
يقتل ولم يوسر فظاهر واما اذا قتل ولم يظهر فلان ماله صار ميراثا لورثته
فيجيئون فياخذونه والمكاتب على حاله يودي الى ورثته فيعتق فاما اذا
ظهر واسر او اسر ولم يظهر او ظهر وقتل يعتق مكاتبه اما اذا ظهر واسر

او اسر ولم يظهر فظاهر لانه ملك بالاسر وكذا اذا ظهر وقتل لان القتل بعد الظهور
قتل بعد الاسر ويبطل ما كان له من الدين لما ذكرنا انه بالاسر صار مملوكا فلم يبق
مالكا فسقطت ديونه ضرورة ولا يصير مالكا للاسير لان الدين في الذمة وما
في الذمة لا يحتمل عليه الاسر وكذلك ما عليه من الديون تسقط ايضا لانه لو
بقي لتعلق برقبته ولا يخلص المسبي للسابي واما ودايعه فهي فيء لجماعة
المسلمين وروي عن ابي يوسف انها تكون فيئا للمودع ووجهه ان يده
من يد الغانمين اسبق والمباح مباح من سبق على لسان رسول الله صلى الله عليه
وسلم وجه ظاهر الرواية ان يد المودع يده تقديرا فكان الاستيلاء عليه
بالاسر استيلاء على ما في يده تقديرا ولا يختص به الغانمون لانه مال لم يؤخذ
على سبيل القهر والغلبة فكان فيئا حقيقة لا غنيمة فيوضع موضع الفيء
واما الرهن فعند ابي يوسف يكون للمرتهن بدينه والزيادة له وعند محمد
يباع فيستوفي قدر دينه والزيادة فيء لجماعة المسلمين والله اعلم

فصل واما بيان احكام المرتدين فالكلام فيه في مواضع في بيان ركن
الردة وفي بيان صحة الركن وفي بيان حكم الردة اما ركنها فهو اجراء كلمة الكفر
على اللسان بعد وجود الايمان اذ الردة عبارة عن الرجوع عن الايمان فالرجوع
عن الايمان يسمى ردة في عرف الشرع واما شرايط صحتها فانواع منها
العقل فلا تصح ردة المجنون والصبي الذي لا يعقل لان العقل من شرايط الاهلية
خصوصا في الاعتقادات ولو كان الرجل ممن يجن ويفيق فان ارتد في حال
جنونه لم يصح وان ارتد في حال افاقته صحت لوجود دليل الرجوع في احدى
الحالتين دون الاخرى وكذلك السكران الذاهب العقل لا تصح ردته استحسانا
والقياس ان تصح في حق الاحكام وجه القياس ان الاحكام مبنية على الاقرار بظاهر
اللسان لا على ما في القلب اذ هو امر باطن لا يوقف عليه وجه الاستحسان
ان احكام الكفر مبنية على الكفر كما ان احكام الايمان مبنية على الايمان والايمان
والكفر يرجعان الى التصديق والتكذيب وانما الاقرار دليل عليهما واقرار
السكران الذاهب العقل لا يصلح دلالة على التكذيب فلا يصح اقراره واما البلوغ
فهل هو شرط اختلف فيه قال ابو حنيفة ومحمد ليس بشرط فتصح ردة
الصبي العاقل وقال ابو يوسف شرط حتى لا تصح ردته وجه قوله ان عقل
الصبي في التصرفات الضارة المحضة ملحق بالعدم ولهذا لا يصح طلاقه وعتاقه
وتبرعاته والردة مضرة محضة فاما الايمان فنفع لذلك صح ايمانه ولم تصح

شرايط صح

محض صح

ردته

ردته وجه قولهما انه صح ايمانه فتصح ردته وهذا لان صحة الايمان والردة
مبنية على وجود الايمان والردة حقيقة لان الايمان والكفر من الافعال الحقيقية
وهما فعلا جارحة القلب بمنزلة افعال ساير الجوارح والاقرار الصادر
عن عقل دليل وجودهما وقد وجدها هنا الا انه مع وجودها منه
حقيقة لا يقتل ولكن يحبس لما نذكر ان شاء الله تعالى والقتل ليس من لوازم
الردة عندنا فان المرتدة لا تقتل بلا خلاف بين اصحابنا والردة موجودة
واما الذكورة فليست بشرط فتصح ردة المراة عندنا لكنها لا تقتل بل تجبر
على الاسلام وعند الشافعي تقتل وستاتي المسألة في موضعها ان شاء الله تعالى
ومنها الطوع فلا تصح ردة المكره على الردة استحسانا اذا كان قلبه مطمئنا
بالايمان والقياس ان تصح في حق الاحكام وقد ذكرنا وجه القياس والاستحسان
في كتاب الاكراه والله اعلم واما حكم الردة فنقول وبالله التوفيق ان للردة
احكاما كثيرة بعضها يرجع الى نفس المرتد وبعضها يرجع الى ملكه وبعضها
يرجع الى تصرفاته وبعضها يرجع الى ولده اما الذي يرجع الى نفسه فانواع
منها اباحة دمه اذا كان رجلا حرا كان او عبدا لسقوط عصمته بالردة
قال النبي صلى الله عليه وسلم من بدل دينه فاقتلوه وكذا العرب لما ارتدت
بعد وفات رسول الله صلى الله عليه وسلم اجمعت الصحابة رضي الله عنهم على قتلهم
ومنها انه يستحب ان يستتاب ويعرض الاسلام عليه لاحتمال ان يسلم
لكن لا يجب لان الدعوة قد بلغته فان اسلم فمرحبا واهلا بالاسلام وان
ابى نظر الامام في ذلك فان طمع في توبته او سال هو التاجيل اجله ثلاثة
ايام وان لم يطمع في توبته ولم يسال هو التاجيل قتله من ساعته والاصل
فيه ما روي عن عمر رضي الله عنه انه قدم عليه رجل من جيش المسلمين فقال هل
عندكم من مغربة خبر قال نعم رجل كفر بالله بعد اسلامه فقال عمر ماذا
فعلتم به قال قربناه فضربنا عنقه فقال عمر هلا طينتم عليه بيتا ثلاثا
واطعمتموه كل يوم رغيفا واستتبتموه لعله يتوب ويرجع الى امر الله تعالى
اللهم اني لم احضر ولم آمر ولم ارض اذ بلغني وهكذا روي عن علي رضي الله عنه
انه قال يستتاب المرتد ثلاثا وتلا هذه الاية ان الذين امنوا ثم كفروا ثم امنوا
ثم كفروا ثم ازدادوا كفرا ولان من الجايز انه عرضت حملته على الردة فيؤجل ثلاثا
لعلها تنكشف في هذه المدة وكانت الاستتابة ثلاثا وسيلة الى الاسلام عسى
فندب اليها فان قتله انسان قبل الاستتابة يكره له ذلك ولا شيء عليه لزوال

عندنا صح

قوله هل من مغربة خبر بالاضافة
وبفتح الراء وتكسر مع التثقيل
فيهما اي هل من حالة حاملة لخبر
من موضع بعيد مصباح

له شبهة صح

عصمته بالردة وتوبته ان ياتي بالشهادتين ويتبرا عن الدين الذي انتقل اليه
فان تاب ثم ارتد ثانيا فحكمه في المرة الثانية كحكمه في المرة الاولى انه ان تاب
في المرة الثانية قبلت توبته وكذلك في الثالثة والرابعة لوجود الايمان
ظاهرا في كل كره لوجود دليله وهو اقرار العاقل وقال الله تعالى ان الذين امنوا ثم
كفروا ثم امنوا ثم كفروا فقد اثبت الايمان له بعد وجود الردة منه والايمان بعد وجوده
لا يحتمل الردة الا انه اذا تاب في المرة الرابعة يضربه الامام ويخلي سبيله وروي
عن ابي حنيفة رحمه الله انه اذا تاب في المرة الثالثة حبسه الامام ولم يخرجه
من السجن حتى يرى عليه خشوع التوبة والاخلاص واما المراة فلا يباح دمها
اذا ارتدت ولا تقتل عندنا ولكنها تجبر على الاسلام واجبارها على الاسلام ان تحبس
وتخرج في كل ثلثة ايام فتستتاب ويعرض عليها الاسلام فان اسلمت والا حبست
ثانيا هكذا الى ان تسلم او تموت وذكر الكرخي وزاد عليه تضرب اسواطا في
كل مرة تخرج تعزيرا لها على ما فعلت وعند الشافعي رحمه الله تقتل لعموم
قوله صلى الله عليه وسلم من بدل دينه فاقتلوه ولان علة اباحة الدم هو الكفر
بعد الايمان ولهذا قتل الرجل وقد وجد منها ذلك بخلاف الحربية وهذا
لان الكفر بعد الايمان اغلظ من الكفر الاصلي لان هذا رجوع بعد القبول والوقوف
على محاسن الاسلام وحججه وذلك امتناع من القبول بعد التمكن من الوقوف
دون حقيقة الوقوف فلا يستقيم الاستدلال ولنا ما روي عن رسول الله
صلى الله عليه وسلم انه قال لا تقتلوا امراة ولا وليدا ولان القتل انما شرع وسيلة
الى الاسلام بالدعوة اليه باعلى الطريقين عند وقوع الياس عن اجابتها بادناها
وهو دعوة اللسان بالاستتابة باظهار محاسن الاسلام والنساء اتباع الرجال
في اجابة هذه الدعوة في العادة فانهن في العادات الجارية يسلمن باسلام ازواجهن
على ما روي ان رجلا اسلم وكانت تحته خمس نسوة فاسلمن معه فاذا كان
كذلك فلا يقع شرع القتل في حقها وسيلة الى الاسلام فلا يفيد ولهذا لم
تقتل الحربية بخلاف الرجل فان الرجل لا يتبع راي غيره خصوصا في امر
الدين بل يتبع راي نفسه فكان رجاء الاسلام منه ثابتا فكان شرع القتل
مفيدا فهو الفرق والحديث محمول على الذكور عملا بالدلائل صيانة لها
عن التناقض وكذلك الامة اذا ارتدت لا تقتل عندنا وتجبر على الاسلام
ولكن يجبرها مولاها ان احتاج الى خدمتها وتحبسها في بيته لان ملك المولى فيها
بعد الردة قايم وهي مجبورة على الاسلام شرعا فكان الدفع الى المولى رعاية

المرة صح

للحقين

للحقين ولا يطاوها لان المرتدة لا تحل لاحد وكذلك الصبي العاقل لا يقتل وان
صحت ردته عند ابي حنيفة ومحمد لان قتل البالغ بعد الاستتابة والدعوة الى الاسلام
باللسان واظهار حججه وايضاح دلايله لظهور العناد ووقوع الياس عن فلاحه
وهذا لا يتحقق من الصبي وكان الاسلام الحبس يكفيه وسيلة الى الاسلام وعلى
هذا صبي ابواه مسلمان حتى حكم باسلامه تبعا لابويه فبلغ كافرا ولم يسمع منه اقرار
باللسان بعد البلوغ لا يقتل لانعدام الردة منه اذ هي اسم للتكذيب بعد سابقة
التصديق ولم يوجد منه التصديق بعد البلوغ اصلا لانعدام دليله وهو
الاقرار حتى لو اقر بالاسلام ثم ارتد يقتل لوجود الردة منه لوجود دليلها وهو
الاقرار فلم يكن الموجود منه ردة حقيقة فلا يقتل ولكنه يحبس لانه كان له
حكم الاسلام قبل البلوغ الا ترى انه حكم باسلامه بطريق التبعية والحكم
في اكسابه كالحكم في اكساب المرتد لانه مرتد حكما وسنذكر الكلام في اكساب
المرتد في موضعه ان شاء الله تعالى ومنها ان المرتد لا يسترق وان لحق
بدار الحرب لانه لم يشرع فيه الا الاسلام او السيف لقوله تعالى تقاتلونهم او
يسلمون وكذا الصحابة رضي الله عنهم اجمعوا عليه في زمن ابي بكر رضي الله عنه ولان
استرقاق الكافر للتوسل الى الاسلام واسترقاقه لا يقع وسيلة الى الاسلام على
ما مر من قبل ولهذا لم يجز ابقاؤه على الجزية بخلاف المرتدة اذا لحقت
بدار الحرب انها تسترق لانه لم يشرع قتلها ولا يجوز ابقاء الكافر على الكفر
الا مع الجزية او مع الرق ولا جزية على النسوان فكان ابقاؤهن على الكفر
مع الرق انفع للمسلمين من ابقايها من غير شي وكذا الصحابة رضي الله عنهم استرقوا
نساء من ارتد من العرب وصبيانهم حتى قيل ان محمد ابن الحنفية وهي خولة بنت
اياس كانت من سبي بني حنيفة ومنها حرمة اخذ الجزية فلا تؤخذ
الجزية من المرتد لما ذكرنا ومنها ان العاقلة لا تعقل جنايته لما ذكرنا من قبل
ان موجب الجناية على الجاني وانما العاقلة تتحمل عنه بطريق التعاون والمرتد
لا يعاون ومنها الفرقة اذا ارتد احد الزوجين ثم ان كانت الردة من المراة
كانت فرقة بغير طلاق بالاتفاق وان كانت من الرجل ففيه خلاف مذكور
في كتاب النكاح ولا ترتفع هذه الفرقة بالاسلام وان ارتد الزوجان معا
واسلما معا فهما على نكاحهما عندنا وعند زفر فسد النكاح ولو اسلم احدهما
قبل الاخر فسد النكاح بالاجماع وهي من مسايل كتاب النكاح ومنها
حرمة ذبيحته لانه لا ملة له لما ذكرنا ومنها انه لا يجوز انكاحه لما ذكرنا

م منه مرتجا والتجويع الى الاتبين الحق منه مآمولا فلا تقتل ولكن تجبر على الاسلام بالتحبس لان صح

م حرمة الاسترقاق صح

م اقر صح

م ومنها حرمة نكاحه صح

انه لا ولاية له ومنها انه لا يرث من احد لانعدام الملة والولاية ومنها انه تحبط
اعماله لكن بنفس الردة عندنا وعند الشافعي بشريطة الموت عليها وهي مسئلة
كتاب الصلاة ومنها انه لا يجب عليه شي من العبادات عندنا لان الكفار غير
مخاطبين بشرايع هي عبادات عندنا وعند الشافعي تجب عليه وهي من مسايل
اصول الفقه واما الذي يرجع الى ماله فثلاثة انواع حكم الملك وحكم
الميراث وحكم الدين اما الاول فنقول لا خلاف في انه اذا اسلم تكون امواله
على حكم ملكه ولا خلاف ايضا في انه اذا مات او قتل او لحق بدار الحرب تزول
امواله عن ملكه واختلف في انه يزول بتلك الاسباب مقصورا على الحال
او بالردة من حين وجودها على التوقيف فعند ابي يوسف ومحمد ملك
المرتد لا يزول عن ماله بالردة وانما يزول بالموت او القتل او باللحاق بدار
الحرب وعند ابي حنيفة رحمه الله الملك في امواله موقوف على ما يظهر من
حاله وعلى هذا الاصل يبنى حكم تصرفات المرتد انها جايزة عندهما كما تجوز
من المسلم حتى لو اعتق او دبر او كاتب او باع او اشترى او وهب نفذ ذلك
كله وعنده تصرفاته موقوفة لوقوف املاكه فان اسلم جاز كله وان مات
او قتل او لحق بطل كله وجه قولهما ان الملك كان ثابتا له حالة الاسلام لوجود
سبب الملك واهليته وهي الحرية والردة لا تؤثر في شي من ذلك ثم اختلفا
فيما بينهما في كيفية الجواز فقال ابو يوسف جوازها جواز تصرف الصحيح
وقال محمد جواز تصرف مرض الموت وجه قول محمد ان المرتد على شرف
التلف لانه يقتل فاشبه المريض مرض الموت وجه قول ابي يوسف ان
اختيار الاسلام بيده فيمكنه الرجوع الى الاسلام فيتخلص عن القتل والمريض لا
يمكنه دفع المرض عن نفسه فانى يتشابهان وجه قول ابي حنيفة انه وجد
سبب الملك وهو الردة لانها سبب لوجوب القتل والقتل سبب لحصول الموت
فكان زوال الملك عند الموت مضافا الى السبب السابق وهو الردة ولا يمكنه
اللحاق بدار الحرب بامواله لانه لا يمكن من ذلك بل يقتل فيبقى ماله فاضلا
عن حاجته فكان ينبغي ان يحكم بزوال ملكه للحال الا انا توقفنا فيه لاحتمال
العود الى الاسلام لانه اذا عاد ترتفع الردة من الاصل وتجعل كان لم يكن فكان
التوقف في الزوال للحال لاشتباه العاقبة فان اسلم تبين ان الردة لم تكن سببا
لزوال الملك لارتفاعها من الاصل فيتبين ان تصرفه صادف محله وان قتل او مات
او لحق تبين انها وقعت سببا للزوال من حين وجودها فيتبين ان الملك كان زايلا

المريض صح
زوال صح
الحكم صح
فيصح صح

من حين وجود الردة لان الحكم لا يتخلف عن سببه فلم يصادف التصرف محله
فبطل فاما قبل ذلك كان ملكه موقوفا وكانت تصرفاته المبنية عليه موقوفة
ضرورة واجمعوا على انه يصح استيلاده حتى انه لو استولد امته فادعى ولدها انه يثبت
النسب وتصير الجارية ام ولد له اما عندهما فلان المحل مملوك له ملكا تاما واما
عند ابي حنيفة فلان الملك الموقوف لا يكون ادنى حالا من حق الملك ثم حق الملك يكفي
لصحة الاستيلاد فهذا اولى واجمعوا على انه يصح طلاقه وتسليمه الشفعة لان
الردة لا تؤثر في ملك النكاح والثابت للشفيع حق لا يحتمل الارث ومفاوضته
موقوفة بالاجماع لانها مبنية على المساواة واما المرتدة فلا يزول ملكها عن
اموالها بلا خلاف فيجوز تصرفاتها في مالها بالاجماع لانها لا تقتل فلم تكن ردتها
سببا لزوال ملكها واذا عرفت حكم ملك المرتد وحال تصرفاته المبنية عليه
فحال المرتد لا يخلو من ان يسلم او يموت او يقتل او يلحق بدار الحرب فان اسلم
فقد عاد على حكم ملكه القديم لان الردة ارتفعت من الاصل حكما وجعلت كان لم
تكن اصلا وان مات او قتل صار ماله لورثته وعتق امهات اولاده ومدبروه
ومكاتبوه اذا ادوا الى ورثته وتحل الديون التي عليه وتقضى عنه لان هذه احكام
الموت وكذلك اذا لحق بدار الحرب مرتدا وقضى القاضي بلحاقه لان اللحاق بدار الحرب
بمنزلة الموت في حق زوال ملكه عن امواله المتروكة في دار الاسلام لان زوال
الملك عن المال بالموت حقيقة لكونه مالا فاضلا عن حاجته لانتهاء حاجته بالموت
وعجزه عن الانتفاع به وقد وجد هذا المعنى في اللحاق لان المال الذي في دار الاسلام
خرج من ان يكون منتفعا به في حقه لعجزه عن قضاء حاجته به فكان اللحاق
بمنزلة الموت في كونه مزيلا للملك واذا قضى القاضي باللحاق يحكم باعتاق امهات
اولاده ومدبريه ويقسم ماله بين ورثته وتحل ديونه المؤجلة لان هذه
احكام متعلقة بالموت وقد وجد معنى واما المكاتب فيؤدي الى ورثته
ويعتق فاذا عتق فولاؤه للمرتد لانه المعتق ولو لحق بدار الحرب ثم عاد الى
دار الاسلام مسلما فهذا لا يخلو من احد وجهين احدهما ان يعود قبل قضاء القاضي
بلحاقه بدار الحرب والثاني ان يعود بعد ذلك فان عاد قبل ان يقضي القاضي
بلحاقه عاد على حكم املاكه في المدبرين وامهات الاولاد وغير ذلك لما ذكرنا ان
هذه الاحكام متعلقة بالموت واللحوق بدار الحرب ليس بموت حقيقة لكن
يلحق بالموت اذا اتصل به قضاء القاضي باللحاق فما وجد من ماله في يد
ورثته بعينه فهو احق به لان ولده جعل خلفا له في ماله فكان تصرفه بطريق

عن الانتفاع به فكان له حكم المال الفاضل عن حاجته لعجزه صح

فاذا لم يتصل به لم يلحق فاذا عاد يعود على حكم ملكه فان عاد بعد ما قضى القاضي باللحاق صح

الخلافة له وكانه وكلّه فله ان ياخذ ما وجده قايما على حاله وما زال ملك الوارث عنه بالبيع او بالعتق فلا رجوع فيه لان تصرف الخلف كتصرف الاصل بمنزلة تصرف الوكيل واما ما اعتق الحاكم من امهات اولاده ومدبريه فلا سبيل عليهم لان الاعتاق مما لا يحتمل الفسخ وكذا المكاتب اذا كان ادى الى الورثة اذ كان قايما اخذه وان زال ملكهم عنه لا يجب عليهم ضمانه كساير امواله لما بينا وان كان لم يود بدل الكتابة بعد ياخذ بدل الكتابة وان عجز عاد رقيقا له ولو رجع كافرا الى دار الاسلام واخذ طايفة من ماله وادخلها دار الحرب ثم ظهر المسلمون عليه فان رجع بعد ما قضي بلحاقه فالورثة احق به ان وجدته قبل القسمة اخذته مجانا بلا عوض وان وجدته بعد القسمة اخذته بالقيمة في ذوات القيم لانه اذا لحق وقضي بلحاقه فقد زال ملكه الى الورثة فهذا مال مسلم استولى عليه الكافر واحرزه بدار الحرب ثم ظهر المسلمون على الدار فوجد المالك القديم فالحكم فيه ما ذكرنا وان رجع قبل الحكم باللحاق ففيه روايتان في رواية هذا ورجوعه بعد الحكم باللحاق سواء وفي رواية يكون فيا لا حق للورثة فيه اصلا والله اعلم ولو جنى المرتد جناية ثم لحق بدار الحرب ثم عاد الينا تائبا فما كان من حقوق العباد كالقتل والغصب والقذف يوخذ به وما كان من حقوق الله تعالى كالزنا والسرقة وشرب الخمر سيقط لان اللحاق يلحق بالموت فيورث شبهة في سقوط ما يسقط بالشبهات ولو فعل شيا من ذلك بعد اللحاق بدار الحرب ثم تاب لم يوخذ شي منه لان فعله لم ينعقد موجبا لصيرورته في حكم اهل الحرب هذا الذي ذكرنا حكم ماله الذي خلفه في دار الاسلام واما المال الذي لحق به دار الحرب فهو ملكه حتى لو ظهر المسلمون عليه يكون فيا لان ملك الورثة لم يثبت في المال المحمول الى دار الحرب فبقي على ملك المرتد وهو غير معصوم فكان محل التملك بالاستيلا كساير اموال اهل الحرب واما حكم الميراث فنقول لا خلاف بين اصحابنا في ان المال الذي اكتسبه في حال الاسلام يكون ميراثا لورثته المسلمين اذا مات او قتل او لحق وقضي باللحاق وقال الشافعي هو فيء واحتج بما روي عن رسول الله صلى الله عليه وسلم انه قال لا يرث الكافر المسلم ولا المسلم الكافر نفى ان يرث المسلم الكافر ووارثه مسلم فيجب ان لا يرثه ولنا ما روي ان عليا رضي الله عنه قتل المستورد العجلي بالردة وقسم ماله بين ورثته المسلمين وكان ذلك بمحضر من الصحابة

المال الى ورثته لا سبيل عليه ايضا لانه عتق باداء المال والعتق لا يحتمل الفسخ وما ادى صح

رضي الله عنهم ولم ينقل انه انكر عليه منكر فيكون اجماعا من الصحابة ولان الردة في كونها سببا للملك كالموت على اصل ابي حنيفة رحمه الله على ما قررناه فاذا ارتد فهذا مسلم مات فيرثه المسلم فاذا هذا ارث المسلم من المسلم لا من الكافر فقد قلنا بموجب الحديث بحمد الله تعالى واما على اصلهما فالردة ان كانت لا توجب زوال الملك لكن احتمال العود الى الاسلام الازلي انه يجبر على الاسلام فيبقى على حكم الاسلام في حق الارث وذلك جايز الا ترى انه يبقى على حكم الاسلام في حق المنع من التصرف في الخمر والخنزير فجاز ان يبقى عليه في حكم الارث ايضا فلا يكون ارث المسلم من الكافر فيكون عملا بالحديث ايضا والله اعلم واختلفوا في المال الذي اكتسبه في حالة الردة قال ابو حنيفة هو فيء وقال ابو يوسف ومحمد هو ميراث وجه قولهما ان كسب الردة ملكه لوجود سبب الملك من اهل الملك في محل قابل ولا شك ان المرتد من اهل الملك لان اهلية الملك بالحرية والردة لا تنافيها بل تنافي ما ينافيها وهو الرق اذ المرتد لا يحتمل الاسترقاق واذا ثبت ملكه فيه احتمل الانتقال الى ورثته بالموت او ما هو في معنى الموت على ما بينا وجه قول ابي حنيفة رحمه الله ما ذكرنا ان الردة سبب لزوال الملك من حين وجودها بطريق الظهور على ما بينا ولا وجود للشي مع وجود سبب زواله فكان كسب الردة مالا لا مالك له فلا يحتمل الارث فيوضع في بيت مال المسلمين كاللقطة ثم اختلفوا فيما يورث من مال المرتد انه يعتبر حال الوارث وهو اهلية الوراثة وقت الردة ام وقت الموت ام من وقت الردة الى وقت الموت فعند ابي يوسف ومحمد تعتبر اهلية الوراثة وقت الموت لان ملك المرتد انما يزول عندهما بالموت فتعتبر الاهلية في ذلك الوقت لا غير وعن ابي حنيفة رحمه الله روايتان في رواية يعتبر وقت الردة لا غير حتى لو كان اهلا وقت الردة ورث وان زالت اهليته بعد ذلك وفي رواية يعتبر دوام الاهلية من وقت الردة الى وقت الموت وجه هذه الرواية ان الارث يثبت بطريق الاستناد لا بطريق الظهور لان الموت امر لا بد منه للارث والقول بالارث بطريق الظهور ايجاب الارث قبل الموت ولا سبيل اليه فاذا وجد الموت ثبت الارث ثم يستند الى وقت وجود الردة وزوال الاهلية فيما بين الوقتين يمنع من الاستناد فيشترط دوام الاهلية من وقت الردة الى وقت الموت حتى لو كان بعض الورثة مسلما وقت الردة ثم ارتد عن الاسلام قبل

قائم صح

حكم صح

حق

موت المرتد لا يرث وكذا اذا مات قبل موته او المراة انقضت عدتها قبل موته
وجه الرواية الاولى ان الارث يتبع زوال الملك والملك زال بالردة من وقت
وجودها فيثبت الارث في ذلك الوقت بطريق الظهور وقوله هذا
ايجاب الارث قبل الموت قلنا هذا ممنوع بل هذا ايجاب الارث بعد الموت
لان الردة في معنى الموت لانها تعمل عمل الموت في زوال الملك على ما بينا فكانت
الردة موتا معنى وكذا اختلف ابو يوسف ومحمد فيما اذا لحق بدار الحرب
وقضى القاضي باللحاق فانه يعتبر اهلية الوراثة وقت القضا باللحاق ام وقت
اللحاق فعند ابي يوسف يعتبر وقت القضا وعند محمد يعتبر وقت اللحاق
وجه قول محمد ان وقت الارث وقت زوال الملك وملك المرتد انما يزول
باللحاق لانه به يعجز عن الانتفاع بماله المتروك في دار الاسلام الا ان العجز قبل القضا
غير متقرر لاحتمال العود فاذا قضى تقرر العجز وصار العود بعده كالممتنع
عادة وكان العامل في زوال الملك هو اللحاق فتعتبر الاهلية وقته وجه
قول ابي يوسف ان الملك لا يزول الا بالقضا فكان المؤثر في الزوال هو القضا
وعلى هذا الاختلاف المرتدة اذا لحقت بدار الحرب لان المعنى لا يوجب الفصل
ولو ارتد الزوجان معا ثم جات بولد ثم قتل الاب على ردته فان جات به لاقل من
ستة اشهر من وقت الردة لم يرثه لانه يحتمل انه علق في حال الردة فلا يرث
مع الشك ولو ارتد الزوج دون المراة او كانت ام ولد مسلمة ورثته مع ورثته
المسلمين وان جات به لاكثر من ستة اشهر لان الام مسلمة فكان الولد على
حكم الاسلام تبعا لامه فيرث اباه ولو مات مسلم عن امراته وهي حامل
فارتدت ولحقت بدار الحرب فولدت هناك ثم ظهر على الدار فانه لا يسترق
ويرث اباه لانه مسلم تبعا لابيه ولو لم تكن ولدته حتى سبيت ثم ولدته
في دار الاسلام فهو مسلم تبعا لابيه مرقوق تبعا لامه ولا يرث اباه لان
الرق من اسباب الحرمان ولو تزوج المرتد مسلمة فولدت له فهو مسلم تبعا
للام ويرث اباه لثبوت النسب وان كانت الام كافرة لا يحكم باسلامه
لانه لم يوجد اسلام احد الابوين والله اعلم واما حكم الدين فعند ابي يوسف
ومحمد ديون المرتد في كسب الاسلام والردة جميعا لان كل ذلك عندهما ميراث
واما عند ابي حنيفة فقد ذكر ابو يوسف عنه انه في كسب الردة الا ان لا يفي به
فيقضى الباقي من كسب الاسلام وروى الحسن عنه انه في كسب الاسلام الا انه لا
يفي به فيقضى الباقي من كسب الردة وقال الحسن دين الاسلام في كسب الاسلام

م وقت الردة يرثه لانه علم ان العلوق حصل في حالة الاسلام قطعا وان جاءت به لستة اشهر فصاعدا صح

م مرقوق مسلم صح

م غلاما او وطئ امة مسلمة فولدت له صح

ودين الردة في كسب الردة وهو قول زفر والصحيح رواية الحسن لان دين الانسان
يقضى من ماله لا من مال غيره وكذا دين الميت يقضى من ماله لا من مال وارثه لان قيام
لان قيام الدين يمنع زوال ملكه الى وارثه لكون الدين مقدما على الارث فكان
قضا دين كل ميت من ماله لا من مال وارثه وماله كسب الاسلام واما كسب
الردة فمال جماعة المسلمين فلا يقضى منه الدين الا لضرورة فاذا لم يف به
كسب الاسلام مست الضرورة فيقضى الباقي منه والله اعلم **فصل**
واما حكم ولد المرتد فولد المرتد لا يخلو من ان يكون مولودا في الاسلام او
في الردة فان كان مولودا في الاسلام بان ولد للزوجين ولد وهما مسلمان
ثم ارتدا لا يحكم بردته ما دام في دار الاسلام لانه لما ولد وابواه مسلمان فقد
حكم باسلامه تبعا لابويه فلا يزول بردتهما لتحول التبعية الى الدار اذ الدار
ان كانت لا تصلح لاثبات التبعية ابتدا عند استتباع الابوين تصلح للابقا
لانه اسهل من الابتدا فما دام في دار الاسلام يبقى على حكم الاسلام تبعا للدار
ولو لحق المرتدان بهذا الولد بدار الحرب فكبر الولد وولد له ولد فكبر ثم
ظهر عليهم اما حكم المرتد والمرتدة فمعلوم وقد ذكرناه ان المرتد لا يسترق
ويقتل والمرتدة تسترق ولا تقتل وتجبر على الاسلام بالحبس واما حكم
الاولاد فولد الاب يجبر على الاسلام ولا يقتل لانه كان مسلما باسلام ابويه
تبعا لهما فلما بلغ كافرا فقد ارتد عنه والمرتد يجبر على الاسلام الا انه لا
يقتل لان هذه ردة حكمية لا حقيقية لوجود الايمان حكما بطريق التبعية
لا حقيقة فيجبر على الاسلام ولكن بالحبس لا بالسيف اثباتا للحكم على قدر
العلة ولا يجبر ولد ولده على الاسلام لان ولد الولد لا يتبع الجد في الاسلام
اذ لو كان كذلك لكان الكفار كلهم مرتدين لكونهم من اولاد ادم ونوح
عليهما السلام فينبغي ان لا يجري عليهم احكام اهل الردة وليس كذلك بالاجماع
وان كان مولودا في الردة بان ارتد الزوجان ولا ولد لهما ثم حملت المراة من
زوجها بعد ردتها وهما مرتدان على حالهما فهذا الولد بمنزلة ابويه له حكم
الردة حتى لو مات لا يصلى عليه لان المرتد لا يرث احدا ولو لحقا بهذا
الولد بدار الحرب فبلغ وولد له اولاد فبلغوا ثم ظهر على الدار وسبوا جميعا
يجبر ولد الاب وولد ولده على الاسلام ولا يقتلون كذا ذكر محمد رحمه الله في
كتاب السير وذكر في الجامع الصغير انه لا يجبر ولد ولده على الاسلام وجه
ما ذكر في السير ان ولد الاب تبع لابويه فكان محكوما بردته تبعا له والمر

تد

م بقدر الدين صح

واما الذي يرجع الى الدين

م ولا يرثهما صح

م تبعا لابويه وولد الولد تبع له فكان محكوما بردته صح

يجبر على الاسلام الا انه لا يقتل لان هذه ردة حكمية فيجبر على الاسلام بالحبس لا بالقتل وجه المذكور في الجامع ان هذا الولد انما حكم بردته تبعا لابيه والتبع لا يشنع غيره واما حكم الاسترقاق ذكر في السير انه يسترق الاناث والذكور الصغار من اولاده لان امهم مرتدة وهي محل الاسترقاق والولد كما يتبع الام في الرق يتبعها في احتمال الاسترقاق واما الكبار فلا يسترقون لانقطاع التبعية بالبلوغ ويجبرون على الاسلام وذكر في الجامع الصغير الولدان في "" اما الاول فلان امه مرتدة واما الاخر فلانه كافر اصلي لان تبعية الابوين في الردة قد انقطعت بالبلوغ وهو كافر فكان كافرا اصليا فاحتمل الاسترقاق ولو ارتدت امراة وهي حامل ولحقت بدار الحرب ثم سبيت وهي حامل كان ولدها فيا لان السبي لحقه وهو في حكم جزء الام فلا يبطل بالانفصال من الام والذمي الذي نقض العهد ولحق بدار الحرب بمنزلة المرتد في ساير الاحكام من الارث والحكم بعتق امهات الاولاد والمدبرين ونحو ذلك لان المعنى الذي يوجب الحاق اللحاق بالموت في الاحكام التي ذكرنا لا يفصل الا انهما يفترقان من وجه وهو ان الذمي يسترق والمرتد لا يسترق ووجه الفرق ان شرع الاسترقاق للتوسل الى الاسلام واسترقاق المرتد لا يقع وسيلة الى الاسلام لما ذكرنا انه رجع بعدما ذاق طعم الاسلام وعرف محاسنه فلا يرجى فلاحه بخلاف الذمي والله اعلم

م معناهم

م يوجب صح

فصل واما بيان احكام البغاة فالكلام فيه في مواضع في تفسير البغاة وفي بيان ما يلزم امام اهل العدل عند خروجهم عليه وفي بيان ما يصنع بهم وباموالهم عند الظفر بهم والاستيلاء على اموالهم وفي بيان ما يجوز تفعله امام العدل عند خروجهم عليه وفي بيان ما يصنع بهم وباموالهم عند الظفر بهم والاستيلاء على اموالهم وفي بيان من يجوز قتله منهم ومن لا يجوز وفي بيان حكم اصابة الدما والاموال من الطايفتين وفي بيان ما يصنع بقتلى الطايفتين وفي بيان حكم قضاياهم اما تفسير البغاة فالبغاة هم الخوارج وهم قوم من رايهم ان كل ذنب كفر كبيرة كانت او صغيرة يخرجون على امام العدل ويستحلون القتال والدما والاموال بهذا التاويل ولهم منعة وقوة واما بيان ما يلزم امام العدل عند خروجهم فنقول وبالله العصمة والتوفيق اذا علم الامام ان الخوارج يشهرون السلاح ويتاهبون للقتال فينبغي له ان ياخذهم ويحبسهم حتى يقلعوا عن ذلك ويحدثوا توبة

احكام البغاة

م اهل صح

لانه لو تركهم لسعوا في الارض بالفساد فياخذ على ايديهم ولا يبدؤهم الامام بالقتال حتى يبدؤه لان قتالهم لدفع شرهم لا لشر شركهم لانهم مسلمون فما لم يتوجه الشر منهم لا يقاتلهم وان لم يعلم الامام بذلك حتى تعسكروا وتاهبوا للقتال فينبغي له ان يدعوهم الى العدل والرجوع الى راي الجماعة اولا لرجاء الاجابة وقبول الدعوة كما في حق اهل الحرب وكذا روي ان عليا رضي الله عنه لما خرج عليه اهل حروراء ندب اليهم عبد الله بن عباس رضي الله عنهما ليدعوهم الى العدل فدعاهم وناظرهم فان اجابوا كف عنهم وان ابوا قاتلهم لقوله تعالى فان بغت احديهما على الاخرى فقاتلوا التي تبغي حتى تفيء الى امر الله وكذا قاتل علي رضي الله عنه اهل حروراء بالنهروان بحضرة الصحابة رضي الله عنهم تصديقا لقول النبي صلى الله عليه وسلم لعلي رضي الله عنه انك تقاتل على التاويل كما تقاتل على التنزيل والقتال على التاويل هو القتال مع الخوارج ودل الحديث على امامة علي رضي الله عنه لان النبي صلى الله عليه وسلم شبه قتال علي رضي الله عنه على التاويل بقتاله على التنزيل وكان رسول الله صلى الله عليه وسلم محقا في قتاله بالتنزيل فلزم ان يكون علي رضي الله عنه محقا في قتاله بالتاويل ولو لم يكن امام حق لما كان محقا في قتاله اياهم ولانهم ساعون في الارض بالفساد فيقتلون دفعا للفساد عن وجه الارض وان قاتلهم قبل الدعوة لا باس بذلك لان الدعوة قد بلغتهم لكونهم في دار الاسلام ومن المسلمين ايضا ويجب على كل من دعاه الامام الى قتالهم ان يجيبه الى ذلك ولا يسعه التخلف اذا كان عنده غنا وقدرة لان طاعة الامام فيما ليس بمعصية فرض فكيف فيما هو طاعة والله الموفق واما بيان ما يصنع بهم وباموالهم عند الظفر بهم والاستيلاء على اموالهم فنقول الامام اذا قاتل اهل البغي فهزمهم وولوا مدبرين فان كانت لهم فية يتحيزون اليها فينبغي لاهل العدل ان يقتلوا مدبرهم ويجهزوا على جريحهم لئلا يتحيزوا الى الفية فيمتنعوا بها فيكروا على اهل العدل واما اسيرهم فان شا الامام قتله استيصالا لشافتهم وان شا حبسه لاندفاع شره بالاسر والحبس وان لم يكن لهم فية يتحيزون اليها لم يتبع موليهم ولم يجهز على جريحهم ولم يقتل اسيرهم لوقوع الامن عن شرهم عند انعدام الفية واما اموالهم التي ظهر عليها اهل العدل فلا باس ان يستعينوا بكراعهم وسلاحهم على قتالهم لكسر الشوكتهم فاذا استغنوا عنها امسكها الامام لهم لان اموالهم لا تحتمل التملك بالاستيلاء لكونهم

م وما روي عن ابي حنيفه انه اذا وقعت الفتنة بين المسلمين ينبغي للرجل ان يعتزل الفتنة ويلزم بيته محمول على وقت خاص وهو ان لا يكون امام يدعوه الى القتال واما اذا كان فدعاه يفترض عليه الاجابة لما ذكرنا م

مسلمين لكن يحبسها عنهم الى ان يزول بغيهم فاذا زال ردها عليهم وكذا ما سوى
الكراع والسلاح من الامتعة لا ينتفع به ولكن يمسك ويحبس عنهم الى ان يزول
بغيهم فيدفع اليهم لما قلنا ويقاتل اهل البغي بالمنجنيق والحرق والغرق
وغير ذلك مما يقاتل به اهل الحرب لان قتالهم لدفع شرهم وكسر شوكتهم
فيقاتلون بكل ما يحصل به ذلك وللامام ان يوادعهم لينظر في امورهم
ولكن لا يجوز ان ياخذ على ذلك مالا لما ذكرنا من قبل واما بيان من يجوز
قتله منهم ومن لا يجوز فكل من لا يجوز قتله من اهل الحرب من الصبيان
والنسوان والاشياخ والعميان لا يجوز قتله من اهل البغي لان قتلهم لدفع شر
قتالهم فيختص باهل القتال وهولا ليسوا من اهل القتال فلا يقتلون الا اذا
قاتلوا فيباح قتلهم في حال القتال وبعد الفراغ من القتال الا الصبيان
والمجانين على ما ذكرنا في حكم اهل الحرب واما العبد الماسور من اهل
البغي فان كان قاتل مع مولاه يجوز قتله وان كان يخدم مولاه لا يجوز قتله
ولكن يحبس حتى يزول بغيهم فيرد عليهم واما الكراع فلا يمسك ولكنه
يباع ويحبس ثمنه لمالكه لان ذلك انفع له ولا يجوز للعادل ان يبتدي
قتل ذي رحم محرم منه من اهل البغي مباشرة واذا اراد هو قتله له ان
يدفعه وان كان لا يندفع الا بالقتل ويجوز له ان يتسبب ليقتله غيره بان
يعقر دابته ليترجل فيقتله غيره بخلاف اهل الحرب فانه يجوز قتل ساير
ذوي الرحم المحرم منه مباشرة ابتدا الا الوالدين ووجه الفرق
ان الشرك في الاصل مبيح لعموم قوله تعالى اقتلوا المشركين حيث وجدتموهم
الا انه خص منه الابوان بنص خاص وهو قوله تعالى وصاحبهما في الدنيا
معروفا فبقي غيرهما على عموم النص بخلاف اهل البغي لان الاسلام
في الاصل عاصم لقوله عليه السلام فاذا قالوها عصموا دماهم واموالهم
والباغي مسلم الا انه ابيح قتل غير ذي الرحم المحرم من اهل البغي دفعا
لشرهم لا لشركهم ودفع الشر يحصل بالدفع والتسبب ليقتله غيره
فبقيت العصمة عما وراء ذلك بالدليل العاصم واما بيان حكم اصابة الدما
والاموال من الطايفتين فنقول لا خلاف في ان العادل اذا اصاب من اهل
البغي من دم او جراحة او مال استهلكه انه لا ضمان عليه واما الباغي اذا
اصاب شيا من ذلك من اهل العدل فقد اختلفوا فيه قال اصحابنا ان ذلك
موضوع وقال الشافعي انه مضمون وجه قوله ان الباغي جاني فيستوي في
حقه وجود المنعة وعدمها لان الجاني يستحق التغليظ دون التخفيف

م منى صح

ولنا ما روي عن الزهري رحمه الله انه قال وقعت الفتنة واصحاب رسول الله صلى
الله عليه وسلم ورضي عنهم متوافرون فاتفقوا ان كل دم استحل بتاويل
القران فهو موضوع وكل مال استحل بتاويل القران فهو موضوع وكل فرج استحل
بتاويل القران فهو موضوع ومثله لا يكذب فانعقد الاجماع من الصحابة على
ما قلنا وانه حجة قاطعة والمعنى في المسالة ما نبه عليه الصحابة رضي الله عنهم
وهو ان لهم في الاستحلال تاويلا في الجملة وان كان فاسدا لكن لهم منعة والتاويل
الفاسد عند قيام المنعة يلحق بالصحيح في حق دفع الضمان كتاويل اهل الحرب ولان الولاية
من الجانبين منقطعة لوجود المنعة فلم يكن الوجوب مفيدا لتعذر الاستيفا
فلم يجب ولو فعلوا شيا من ذلك قبل الخروج وظهور المنعة او بعد الانهزام
وتفرق الجمع يوخذون به لان المنعة اذا انعدمت انعدمت الولاية وبقي
مجرد تاويل فاسد فلا يعتبر في دفع الضمان ولو قتل تاجر من اهل العدل
تاجرا اخر من اهل العدل في عسكر اهل البغي او قتل الاسير من اهل العدل
اسيرا اخر او قطع ثم ظهر عليهم فلا قصاص عليه لان الفعل لم يقع موجبا
لتعذر الاستيفا وانعدام الولاية كما لو قطع في دار الحرب لان عسكر اهل
البغي في حق انقطاع الولاية ودار الحرب سوا والله اعلم ثم لا خلاف في ان
العادل اذا قتل باغيا لا يحرم الميراث لانه لم يوجد قتل نفس بغير حق
لسقوط عصمة نفسه واما الباغي اذا قتل العادل لا يحرم الميراث عند
ابي يوسف وعند محمد ان قال قتلته وكنت على حق وانا الان على حق
لا يحرم وان قال قتلته وانا اعلم اني على باطل يحرم وجه قول ابي يوسف
ان تاويله فاسد الا انه الحق بالصحيح عند وجود المنعة في حق الدفع
والاستحقاق لان سبب استحقاق الميراث هو القرابة وانها موجودة الا ان قتل
نفس بغير نفس بغير حق سبب الحرمان فاذا قتله على تاويل الاستحلال
والمنعة موجودة اعتبرناه في حق الدفع وهو دفع الحرمان فاشبه الضمان
الا انه اذا قال قتلته وانا اعلم اني على باطل يحرم الميراث لان التاويل الفاسد
انما يلحق بالصحيح اذا كان مصرا عليه فاذا لم يصر فلا تاويل له فلا
يندفع عنه الضمان والله اعلم واما بيان ما يصنع بقتلى الطايفتين
فنقول وبالله التوفيق اما قتلى اهل العدل فيصنع بهم ما يصنع بساير
الشهداء لا يغسلون ويدفنون في ثيابهم ولا ينزع عنهم الا ما لا يصلح
كفنا ويصلى عليهم لانهم شهدا لكونهم مقتولين ظلما وقد روي ان زيد بن

م وهما صح

م ابي حنيفه صح

م لا في حق الاستحقاق فلم يعتبر في حق استحقاق الميراث وجه قولهما انا نعتبر تاويله في حق الدفع صح

سد

ويل

صوحان التميمي كان يوم الجمل تحت راية علي رضي الله عنه فاوصى في رمقه لا تنزعوا
عني ثوبا ولا تغسلوا عني دما وارمسوني في التراب رمسا فاني رجل محاج
احاج يوم القيامة واما قتلى اهل البغي فلا يصلى عليهم لانه روي ان عليا
رضي الله عنه ما صلى على اهل حروراء ولكنهم يغسلون ويكفنون ويدفنون
لان ذلك من سنة موتى بني ادم ويكره ان توخذ روسهم وتبعث الى
الافاق وكذلك روس اهل الحرب لان ذلك من باب المثلة وانه
منهي بقوله صلى الله عليه وسلم لا تمثلوا فكره الا اذا كان في ذلك وهن لهم
فلا باس به لما روي ان عبد الله بن مسعود رضي الله عنه حز راس ابي جهل يوم
بدر وجا به الى رسول الله صلى الله عليه وسلم فقال عليه السلام ان ابا جهل كان
فرعون هذه الامة ولم ينكر عليه ويكره بيع السلاح من اهل البغي وفي
عساكرهم لانه اعانة لهم على المعصية ولا يكره بيع ما يتخذ منه السلاح كالحديد
ونحوه لانه لا يصير سلاحا الا بالصنعة نظيره انه يكره بيع المزامير
ولا يكره بيع ما يتخذ منه المزمار وهو الخشب والقصب وكذا بيع الخمر
باطل ولا يبطل بيع ما يتخذ منه وهو العنب كذا هذا والله اعلم واما
بيان حكم قضاياهم فنقول الخوارج اذا ولوا قاضيا فلا يخلو من احد
وجهين اما ان ولوا رجلا من اهل البغي واما ان ولوا رجلا من اهل العدل
فان ولوا رجلا من اهل البغي فقضى بقضايا ثم رفعت قضاياه الى قاضي
اهل العدل لا ينفذها لانه لا يعلم كونها حقا لانهم يستحلون دماءنا واموالنا
فاحتمل انه قضى بما هو باطل على راي الجماعة فلا يجوز له تنفيذه مع
الاحتمال ولو كتب قاضي اهل البغي الى قاضي اهل العدل بكتاب فان
علم انه قضى بشهادة اهل العدل نفذه لان تنفيذ الحق ظاهرا وان كان
لا يعلم لا ينفذه لانه لا يعلم كونه حقا فلا يجوز تنفيذه لقوله تعالى ولا
تقف ما ليس لك به علم ولو ولوا رجلا من اهل العدل فقضى فيما بينهم بقضايا
ثم رفعت قضاياه الى قاضي اهل العدل نفذها لان التولية اياه قد صحت
لانه يقدر على تنفيذ القضايا بمنعتهم وقوتهم فصحت التولية والظاهر
انه قضى على راي اهل العدل فلا يملك ابطاله كما اذا رفعت قضايا قاضي
اهل العدل الى بعض قضاة اهل العدل وما اخذوا من البلاد التي ظهروا عليها
من الخراج والزكاة التي ولايه اخذها للامام لا ياخذ الامام ثانيا لان حق الاخذ للامام
لمكان حمايته ولم توجد الا انهم يفتون بان يعيدوا الزكاة استحسانا لان الظاهر

انهم

انهم لا يصرفونها الى مصارفها فاما الخراج فمصرفه المقاتلة وهم يقاتلون اهل الحرب
والله اعلم

كتاب الاستحسان

وقد يسمى كتاب الحظر
والاباحة وقد يسمى الكراهية والكلام في هذا الكتاب في الاصل في موضعين في بيان
معنى اسم الكتاب وفي بيان انواع المحظورات والمباحات المجموعة فيه اما
الاول فالاستحسان يذكر ويراد به كون الشي على صفة الحسن ويذكر ويراد
به فعل المستحسن وهو روية الشي حسنا يقال استحسنت كذا اي رايته حسنا
فاحتمل تخصيص هذا الكتاب بالتسمية بالاستحسان لاختصاص عامة ما اودع
فيه من الاحكام بحسن ليس في غيرها ولكونها على وجه يستحسنها الشرع
والعقل واما التسمية بالحظر والاباحة فتسمية طابقت معناها ووافقت
مقتضاها لاختصاصه بجملة من المحظورات والمباحات وكذلك التسمية بالكراهية
لان الغالب فيه بيان المحرمات وكل محرم مكروه الشرع لان الكراهة ضد الرضا
والمحبة قال الله تعالى وعسى ان تكرهوا شيئا وهو خير لكم وعسى ان تحبوا شيئا
وهو شر لكم والشرع لا يحب الحرام ولا يرضى به الا ان ما ثبتت حرمته بدليل
مقطوع به من نص الكتاب او غير ذلك فعادة محمد رحمه الله انه يسميه
حراما على الاطلاق وما ثبتت حرمته بدليل غير مقطوع به من اخبار
احاد وافاويل الصحابة وغير ذلك يسميه مكروها وربما يجمع بينهما فيقول
حرام مكروه اشعارا منه ان حرمته ثبتت بدليل ظاهر لا بدليل قاطع
واما بيان انواع المحرمات والمحللات المجموعة فيه فنقول وبالله التوفيق
المحرمات المجموعة في هذا الكتاب في الاصل نوعان نوع تثبت حرمته في
حق الرجال والنسا جميعا ونوع تثبت حرمته في حق الرجال دون النسا
اما الذي تثبت حرمته في حق الرجال والنسا جميعا فبعضها مذكور في
مواضعه من الكتب فلا نعيده ونذكر ما لا ذكر له في الكتب ونبدا بما بدا به
محمد رحمه الله الكتاب وهو حرمة النظر والمس والكلام فيهما في
ثلاثة مواضع احدها في بيان ما يحل من ذلك ويحرم للرجل من المراة
والمراة من الرجل والثاني في بيان ما يحل ويحرم للرجل من الرجل
والثالث في بيان ما يحل ويحرم للمراة من المراة اما الاول فلا يمكن
الوصول الى معرفته الا بعد معرفة انواع النسا فنقول ولا قوة الا بالله
النسا في هذا الباب سبعة انواع نوع منهن المنكوحات ونوع منهن
المملوكات ونوع منهن ذوات الرحم المحرم وهو الرحم المحرم للنكاح كالام والبنت

والعمة والخالة ونوع منهن ذوات المحرم بلا رحم وهن المحارم من جهة
الرضاع والمصاهرة ونوع منهن مملوكات الاغيار ونوع منهن من لا رحم لهن
اصلا ولا محرم وهن الاجنبيات الحراير ونوع منهن ذوات الرحم بلا محرم
وهو الرحم الذي لا يحرم النكاح كبنت العم والعمة والخال والخالة اما
النوع الاول وهو المنكوحات فيحل للزوج النظر الى زوجته ومسها
من راسها الى قدمها لانه يحل له وطيها لقوله تعالى والذين هم لفروجهم
حافظون الا على ازواجهم او ما ملكت ايمانهم فانهم غير ملومين ولانه فوق
النظر والمس فكان احلاله احلالا لهما من طريق الاولى الا انه لا يحل له
وطيها في حالة الحيض لقوله تعالى ويسلونك عن المحيض قل هو اذى فاعتزلوا
النسا في المحيض ولا تقربوهن حتى يطهرن وصارت حالة مخصوصة عن
عموم النص الذي تلونا وهل يحل الاستمتاع بها فيما دون الفرج اختلف فيه
قال ابو حنيفة وابو يوسف رحمهما الله لا يحل الاستمتاع بها الا بما فوق
الازار وقال محمد يجتنب شعار الدم وله ما سوى ذلك واختلف المشايخ
في قولهما بما فوق الازار قال بعضهم المراد منه ما فوق سرتها فيحل
الاستمتاع بما فوقها ولا يباح بما تحتها الى الركبة وقال بعضهم المراد منه
مع الازار فيحل الاستمتاع بما تحت سرتها سوى الفرج لكن مع الميزر
لا مكشوفا وهكذا العمل بعموم قولهما بما فوق الازار لانه يتناول ما فوق
السرة وما تحتها سوى الفرج مع الميزر اذ كل ذلك فوق الازار فيكون
عملا بعموم اللفظ والله الموفق وجه قول محمد ظاهر قوله تعالى
ويسلونك عن المحيض قل هو اذى فاعتزلوا النسا في المحيض جعل الحيض
اذى فتختص الحرمة بموضع الاذى وقد روي ان عايشة رضي الله عنها
سيلت عما يحل للرجل من امراته الحايض فقالت يتقي شعار الدم وله ما
سوى ذلك وجه قولهما ما روي عن رسول الله صلى الله عليه وسلم انه
قال لها ما تحت السرة وله ما فوقها وروي عن ازواج رسول الله صلى الله عليه
وسلم ورضي عنهن كن اذا حضن يامرهن ان يتزرن ثم يضاجعهن ولان
الاستمتاع بها بما يقرب من الفرج سبب الوقوع في الحرام قال رسول الله
صلى الله عليه وسلم ان لكل ملك حمى وان حمى الله محارمه فمن حام حول
الحمى يوشك ان يقع فيه وفي رواية فمن رتع حول الحمى يوشك ان يقع
فيه والمستمتع بالفخذ يحوم حول الحمى ويرتع حوله فيوشك ان يقع فيه

علي صح
الحيض صح
تفسير صح
الاولى صح

فدل ان الاستمتاع به سبب الوقوع في الحرام وسبب الحرام حرام اصله
الخلوة بالاجنبية واما الاية فحجة عليه لان ما حول الفرج لا يخلو عن
الاذى عادة فكان الاستمتاع به استعمال الاذى فقول عايشة رضي الله
عنها له ما سوى ذلك اي مع الازار يحمل على هذا توفيقا بين الدلايل صيانة
لها عن التناقض وكذلك المراة يحل لها النظر الى زوجها والمس من قرنه
الى قدميه لانه حل لها ما هو اكثر من ذلك وهو التمكين من الوطي فهذا
اولى ويحل النظر الى عين فرج المراة المنكوحة لان الاستمتاع به حلال
والنظر اليه اولى الا ان الادب غض البصر عنه من الجانبين لما روي
عن عايشة رضي الله عنها انها قالت قبض رسول الله صلى الله عليه وسلم
ولا نظرت الى ما منه ولا نظر الى ما مني ولا يحل اتيان المراة في دبرها لان
الله تعالى نهى عن قربان الحايض ونبه على المعنى وهو كون المحيض اذى
والاذى في ذلك المحل افحش وادوم فكان بالتحريم وروي عن علي رضي
الله عنه ان رسول الله صلى الله عليه وسلم قال من اتى حايضا او امراة في دبرها او اتى
كاهنا فصدقه فيما يقول فهو كافر بما انزل على محمد صلى الله عليه وسلم وروي
انه عليه السلام نهى عن اتيان النسا في محاشهن اي في ادبارهن وعلى ذلك
جات الاثار من الصحابة رضي الله عنهم انها سميت الوطية الصغرى ولان
حل الاستمتاع في الدنيا لا يثبت بحق قضا الشهوات خاصة لان لقضا الشهوات
خاصة دارا اخرى وانما ثبت بحق قضا الحاجات وهي حاجة بقا النسل
الى انقضا الدنيا الا انه ركبت الشهوات في البشر للتبعث على قضا الحاجات
وحاجة النسل لا تحتمل الوقوع في الادبار فلو ثبت الحل لثبت لحق قضا الشهوة
خاصة والدنيا لم تخلق له واما النوع الثاني وهو المملوكات فحكمهن
حكم المنكوحات فيحل للمولى النظر الى سائر بدن جاريته ومسها من
راسها الى قدمها لانه حل له ما هو اكبر منه لقوله تعالى او ما ملكت ايمانكم
الاية الا ان حالة الحيض صارت مخصوصة ولا يقربها في حالة الحيض
ولا ياتي في دبرها لما ذكرنا من الدلايل وفي الاستمتاع بها بما دون الفرج على
الاختلاف والله اعلم وكذا اذا ملكها بسائر اسباب الملك لا يحل له ان
يقربها قبل ان يستبريها والاصل ما روي عن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال
في سبايا اوطاس الا لا توطا الحبالى حتى يضعن ولا الحيالى حتى يستبرين بحيضة
ولان فيه خوف اختلاط المياه وقد قال النبي صلى الله عليه وسلم من كان يومن بالله

نزعه
اولى صح
كانه صح

واليوم الاخر فلا يسقين ماه زرع غيره وكذا فيه وهم ظهور الحبل بها فيدعيه
ويستحقها فيتبين انه استمتع بملك الغير واما الدواعي من القبلة والمعانقة
والنظر الى الفرج عن شهوة فلا تحل عند عامة العلما الا في المسبية وقال
محمول على وجه قوله ان الملك في الاصل مطلق التصرف ولهذا لم تحرم
الدواعي في المسبية ولا على الصايم وكان ينبغي ان لا يحرم القربان ايضا الا ان
الحرمة عرفناها بالنص فتقتصر الحرمة على مورد النص على ان النص كان
معلولا بخوف اختلاط المياه فهذا معنى لا يحتمل التعدية الى الدواعي
فلا يتعدى اليها وجه قول العامة ان حرمة القربان انما ثبتت خوفا عن
توهم العلوق وظهور الحبل فيظهر ان الاستمتاع كان بملك الغير وهذا
المعنى موجود في الدواعي من المشتراة ونحوها فتتعدى اليها ولا يتقدر في
المسبية فيقتصر الحكم فيها على مورد النص ولان الاستمتاع بالدواعي وسيلة
الى القربان والوسيلة الى الحرام حرام اصله الخلوة وهذا اولى لان الخلوة في التوسل
الى الحرام دون المس فكان تحريمها للمس بطريق الاولى كما في تحريم التافيف
مع الضرب والشتم ومن اعتمد على هذه النكتة منع في فصل المسبية وزعم
انه لا نص فيه عن اصحابنا وهو غير سديد فان حل الدواعي من المسبية
منصوص عليه من محمد رحمه الله فلا يستقيم المنع وكان الصحيح هو
العلة الاولى وحرمة الدواعي في باب الظهار والاحرام ثبت لمعنى اخر
نذكره في كتاب الحج والظهار ان شا الله تعالى واما النوع الثالث وهو
ذوات الرحم المحرم فيحل للرجل النظر من ذوات محارمه الى راسها وشعرها
واذنيها وصدرها وثديها وعضدها وساقها وقدمها لقوله
تعالى ولا يبدين زينتهن الا لبعولتهن او ابائهن الاية نهاهن عن ابدا
الزينة مطلقا واستثنى ابداهن للمذكورين في الاية منهم ذو الرحم المحرم
والاستثنا من الحظر اباحة في الظاهر والزينة نوعان ظاهرة وهو الكحل
للعين والخاتم للاصبع والفتخة للفخذ وباطن وهو العصابة للراس والعقاص
للشعر والقرط للاذن والحمايل للصدر والدملوج للعضد والخلخال للساق
والمراد من الزينة مواضعها لا نفسها لان ابدا نفس الزينة ليس بمنهي وقد
ذكر الزينة مطلقة فيتناول النوعين جميعا فيحل النظر اليهما بظاهر
النص ولان المخالطة بين المحارم للزيارة وغيرها ثابتة عادة فلا يمكن
صيانة مواضع الزينة عن الكشف الا بحرج وانه مدفوع شرعا وكل ما جاز

النظر

النظر اليه منهن من غير حايل جاز مسه لان المحرم يحتاج الى اركابها وانزالها
في المسافرة معها ويتعذر صيانة هذه المواضع عن الانكشاف فيتعذر على المحرم
الصيانة عن مس المكشوف ولان حرمة النظر الى هذه المواضع ومسها من
الاجنبيات خوفا عن ايراث الشهوة الداعية الى الجماع والنظر الى هذه
الاعضا ومسها من ذوات المحارم لا يورث الشهوة لانهما لا يكونان للشهوة
عادة بل للشفقة ولهذا جرت العادة فيما بين الناس بتقبيل امهاتهم وبناتهم
وقد روي ان رسول الله صلى الله عليه وسلم كان اذا قدم من الغزو قبل راس فاطمة
رضي الله عنها وهذا اذا لم يكن النظر والمس عن شهوة ولا غلب على ظنه انه يشتهي
فاما اذا كان يشتهي او كان غالب ظنه واكبر رايه انه لو نظر او مس اشتهى لم
يحل له النظر والمس لانه يكون سببا للوقوع في الحرام فيكون حراما ولا باس له
ان يسافر بها اذا امن الشهوة لما روي عن رسول الله صلى الله عليه وسلم انه قال
لا يحل لامراة تؤمن بالله واليوم الاخر ان تسافر ثلاثا فما فوقها الا ومعها زوجها
او ذو رحم محرم منها ولان الذي يحتاج المحرم اليه في السفر مسها في الانزال والحمل ويحل
له مسها فيحل له المسافرة معها وكذا لا باس ان يخلو بها اذا امن على نفسه لانه لما
حل المس فالخلوة اولى فان خاف على نفسه لم يفعل لما روي عن رسول الله صلى الله
عليه وسلم انه قال لا يخلون الرجل بمغيبة وان قيل حموها الا حموها الموت
وهو محمول على حالة الخوف او يكون نهي ندب وتنزيه والله اعلم ولا يحل النظر
الى ظهرها وبطنها والى ما بين السرة والركبة منها ومسها لعموم قوله تعالى
قل للمومنين يغضوا من ابصارهم الا انه رخص للمحارم النظر الى مواضع الزينة
الظاهرة والباطنة بقوله ولا يبدين زينتهن الا لبعولتهن الاية فبقي غض البصر
عما وراها مامورا به واذا لم يحل النظر فالمس اولى لانه اقوى ولان رخصة
النظر الى مواضع الزينة للحاجة التي ذكرناها ولا حاجة الى النظر الى ما وراها
فكان النظر اليها عن الشهوة وانه حرام ولان الله تعالى جعل الظهار منكرا من
القول وزورا فيودي الى الخلف في خبر من يستحيل عليه الخلف هذا اذا كانت
هذه الاعضا مكشوفة فاما اذا كانت مستورة بالثياب واحتاج ذو الرحم المحرم
الى اركابها وانزالها فلا باس بان ياخذ بطنها او ظهرها او فخذها من ورا الثوب
اذا كان يامن على نفسه لما ذكرنا ان مس ذوات الرحم المحرم لا يورث الشهوة عادة
خصوصا من ورا الثوب حتى لو خاف الشهوة في المس لا يمسه وليجتنب ما استطاع
وكل ما حل للرجل من ذوات رحم محرم منه من النظر والمس يحل للمراة ذلك من ذي رحم منها

م والظهار ليس الا تشبيه المنكوحة بظهر الام في حق الحرمة ولو لم يكن ظهر الام حرام النظر والمس لم يكن الظهار منكرا من القول وزورا صح

وكل ما حرم عليه يحرم عليها والله اعلم واما النوع الرابع وهو ذوات المحرم بلا رحم
فحكمهن حكم ذوات الرحم المحرم وقد ذكرناه والاصل فيه قول النبي صلى الله عليه وسلم
يحرم من الرضاع ما يحرم من النسب وروي ان افلح بن ابي قعيس استاذن ان يدخل
على عايشة رضي الله عنها فسالت رسول الله صلى الله عليه وسلم عن ذلك فقال
صلى الله عليه وسلم ليلج عليك افلح فانه عمك ارضعتك امراة اخيه واما النوع
الخامس وهو مملوكات الاغيار فحكمهن ايضا في حل النظر والمس وحرمتهما حكم
ذوات الرحم المحرم فيحل النظر الى مواضع الزينة منهن ومسها ولا يحل ما سوى
ذلك والاصل فيه ما روي ان رسول الله صلى الله عليه وسلم مس ناصية امة ودعا
لها بالبركة وما روي ان عمر رضي الله عنه راى امة متقنعة فعلاها بالدرة وقال
القي عنك الخمار يا دفار تتشبهين بالحراير فدل على حل النظر الى راسها وشعرها
واذنها وروي عن عمر رضي الله عنه انه راى جارية تعرض على البيع فضرب بيده
على صدرها وقال اشتروا ولو كان حراما لم يتوهم منه رضي الله عنه ان يمسه
ولان بالناس حاجة الى النظر الى هذه الاعضا ومسها عند البيع والشرا لمعرفة
بشرتها من اللين والخشونة ونحو ذلك لاختلاف [قيمتها صح] باختلاف اطرافها فالحقت
بذوات الرحم المحرم دفعا للحرج عن الناس ولهذا يحل لهن المسافرة بلا محرم ولا
حاجة الى المس والنظر الى غيرها لانها تصير معلومة بالنظر الى الاطراف ومسها
وهذا اذا امن على نفسه الشهوة فان لم يامن وخاف على نفسه ان يشتهي لو
نظر او مس فلا باس ان ينظر اليها وان اشتهى اذا اراد ان يشتريها ~~فانه اراد~~
لانه يحتاج ان يشتريها ولا بد له من النظر لما قلنا فيحتاج الى النظر وصار النظر
من المشتري بمنزلة النظر من الحاكم والشاهد والمتزوج ولا باس بذلك وان كان
عن شهوة فكذا هذا وكذا لا باس له ان يمس وان اشتهى اذا اراد ان يشتريها عند
ابي حنيفة وروي عن محمد انه يكره للشاب مس شي من الامة والصحيح قول
ابي حنيفة رحمه الله لان المشتري يحتاج الى العلم بشرتها ولا يحصل ذلك الا بالمس
فرخص للضرورة وكذا يحل للامة النظر الى الرجل والمس من الرجل الاجنبي ما فوق
السرة ودون الركبة الا ان تخاف الشهوة فتجتنب كالرجل وكل جواب عرفته في
القنة فهو الجواب في المدبرة وام الولد لقيام الرق فيهما واما النوع السادس
وهن الاجنبيات الحراير فلا يحل النظر للاجنبي من الاجنبية الحرة الى ساير بدنها الا
الوجه والكفين لقوله تعالى قل للمومنين يغضوا من ابصارهم ويحفظوا فروجهم الا
ان النظر الى مواضع الزينة الظاهرة مواضعها ومواضع الزينة [الظاهرة] الوجه والكفان [وهي الوجه والكفان رخص بقوله عز وجل ولا يبدين زينتهن الا ما ظهر منها والمراد من الزينة صح]

فالكحل

فالكحل زينة الوجه والخاتم زينة الكف ولانها تحتاج الى البيع والشرا والاخذ
والعطا ولا يمكنها ذلك عادة الا بكشف الوجه والكفين فيحل لها الكشف
وهذا قول ابي حنيفة وروى الحسن عن ابي حنيفة رحمه الله انه يحل النظر الى
القدمين ايضا وجه هذه الرواية ما روي عن عايشة رضي الله عنها انها قالت في قوله
تعالى الا ما ظهر منها انه القلب والفتخة وهي خاتم اصبع الرجل فدل على جواز
النظر الى القدمين ولان الله تعالى نهى عن ابدا الزينة واستثنى ما ظهر منها
والقدمان ظاهرتان الا ترى انهما يظهران عند المشي وكانا من جملة المستثنى
من الحظر فيباح ابداوهما وجه ظاهر الرواية ما روي عن عبد الله بن عباس
رضي الله عنهما انه قال في قوله تعالى الا ما ظهر منها انه الكحل والخاتم وروي عنه
في رواية اخرى انه قال الكف والوجه فيبقى ما ورا المستثنى على ظاهر النهي
ولان اباحة النظر الى وجه الاجنبية وكفها للحاجة الى كشفها في الاخذ والعطا
ولا حاجة الى كشف القدمين فلا يباح النظر اليهما ثم انما يحل النظر الى مواضع الزينة
الظاهرة منها من غير شهوة فاما عن شهوة فلا يحل لقوله صلى الله عليه وسلم
العينان تزنيان وليس زنى العينين الا النظر عن شهوة [ولان النظر عن شهوة صح] سبب للوقوع في الحرام
فيكون حراما الا في حالة الضرورة بان دعي الى شهادة او كان حاكما فاراد ان ينظر
اليها ليجيز اقرارها عليها فلا باس ان ينظر الى وجهها وان كان لو نظر اليها
لاشتهى او كان اكبر رايه ذلك لان الحرمات قد يسقط اعتبارها لمكان الضرورة
الا ترى انه رخص النظر الى عين الفرج لمن قصد اقامة حسبة الشهادة على الزنا
ومعلوم ان النظر الى الفرج في الحرمة فوق النظر الى الوجه ومع ذلك سقطت
حرمته لمكان الضرورة فهذا اولى وكذا اذا اراد ان يتزوج امراة فلا باس ان
ينظر الى وجهها وان كان عن شهوة لان النكاح بعد تقدم النظر ادل على الالفة والموافقة
الداعية الى تحصيل المقاصد على ما قال النبي صلى الله عليه وسلم للمغيرة بن شعبة رضي
الله عنه حين اراد ان يتزوج امراة اذهب فانظر اليها فانه احرى ان يودم
بينكما دعاه الى النظر مطلقا وعلل بكونه وسيلة الى الالفة والموافقة واما
المراة فلا يحل لها النظر من الرجل الاجنبي ما بين السرة الى الركبة ولا باس ان
تنظر ما سوى ذلك اذا كانت تامن على نفسها والافضل للشاب غض
البصر عن وجه الاجنبية وكذا الشابة لما فيه من خوف حدوث الشهوة
والوقوع في الفتنة يويده المروي عن عبد الله بن مسعود رضي الله عنه انه قال
في قوله تعالى الا ما ظهر منها انه الردا والازار [والثياب] وكان غض البصر وترك النظر ازكى

واطهر وذلك قوله تعالى قل للمؤمنين يغضوا من ابصارهم ويحفظوا فروجهم ذلك ازكى
لهم والعبد فيما ينظر والعبد فيما ينظر الى مولاته والحر الذي لا قرابة بينه وبينها
سوا وكذا الفحل في ذلك والخصي والعنين والمخنث اذا بلغ مبلغ الرجال سوا لعموم قوله
تعالى قل للمؤمنين يغضوا من ابصارهم والاطلاق قوله ولا يبدين زينتهن الا ما
ظهر منها ولان الرق والخصا لا يعدمان الشهوة وكذا العنة والخنوثة اما الرق
فظاهر واما الخصا فان الخصي رجل الا انه مثل به الى هذا اشارت عايشة رضي الله
الله عنها فقالت انه رجل مثل به افيحل له المثلة ما حرم الله على غيره واما العنة
والخنوثة فان العنين والمخنث رجلان فان قيل اليس ان المملوك بملك اليمين من
مستثنيات المراة في قوله تعالى ولا يبدين زينتهن الا لبعولتهن الى قوله تعالى او ما
ملكت ايمانهن من غير فصل بين العبد والامة والاستثنا من الحظر اباحة
فالجواب ان قوله تعالى او ما ملكت ايمانهن يصرف الى الاما لان حكم العبيد
صار معلوما بقوله تعالى او التابعين غير اولي الاربة من الرجال اذ العبد من
جملة التابعين من الرجال فكان قوله او ما ملكت ايمانهن مصروفا الى الاما ليلا
يودي الى التكرار فان قيل حكم الاما صار معلوما بقوله او التابعين فالصرف
اليهن مودي الى التكرار ايضا فالجواب ان المراد بالنسا الحراير فوقعت
الحاجة الى تعريف حكم الاما فاثبت بقوله او ما ملكت ايمانهن ان حكم الحرة
والامة فيه سوا وروي عن عايشة رضي الله عنها انها قالت كان
يدخل على ازواج رسول الله صلى الله عليه وسلم مخنث فكانوا يعدونه من غير اولي
الاربة من الرجال فدخل رسول الله صلى الله عليه وسلم ذات يوم وهو ينعت امراة فقال
لا ارى هذا يعلم ما ها هنا لا يدخل عليكم فحجبوه وكذا روي ان رسول الله صلى
الله عليه وسلم دخل على ام سلمة وعندها مخنث فاقبل على اخي ام سلمة وقال
يا عبد الله ان فتح الله عليكم غدا الطايف فدلك على بنت غيلان فانها تقبل
باربع وتدبر بثمان فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم لا ارى يعرف هذا ما
ها هنا لا يدخل عليكن هذا اذا بلغ الاجنبي مبلغ الرجال فان كان صغيرا لم يظهر
على عورات النسا ولا يعرف العورة من غير العورة فلا باس لهن من ابدا الزينة
لهم بقوله تعالى او الطفل الذين لم يظهروا على عورات النسا مستثنى من قوله تعالى
ولا يبدين زينتهن الا لمن ذكر والطفل في اللغة الصبي ما بين ان يولد الى ان يحتلم
واما الذي يعرف التمييز بين العورة وغيرها وقرب من الحلم فلا ينبغي لها ان تبدي
زينتها له الا ترى ان مثل هذا الصبي امر بالاستيذان في بعض الاوقات بقوله تعالى والذين

لم يبلغوا الحلم منكم ثلاث مرات الاية الا اذا لم يكونا من اهل الشهوة بان كانا شيخين
كبيرين لعدم احتمال حدوث الشهوة فيهما روي ان اعميين دخلا على رسول الله صلى الله
عليه وسلم وعنده بعض ازواجه عايشة واخرى فقال لهما قوما فقالتا انهما اعميان
يا رسول الله فقال اعميا وان انتما هذا حكم النظر الى الوجه والكفين واما حكم مس
هذين العضوين فلا يحل مسهما لان حل النظر للضرورة التي ذكرناها ولا ضرورة
في المس مع ان المس في بعث الشهوة وتحريكها فوق النظر واباحة ادنى الفعلين
لا تدل على اباحة اعلاهما هذا اذا كانا شابين فان كانا شيخين كبيرين فلا
باس بالمصافحة لخروج المصافحة منهما من ان تكون مورثة للشهوة لانعدام
الشهوة وقد روي ان رسول الله صلى الله عليه وسلم كان يصافح العجايز ثم انما
يحرم النظر من الاجنبية الى ساير اعضايها سوى الوجه والكفين او القدمين
ايضا على اختلاف الروايتين اذا كانت مكشوفة فاما اذا كانت مستورة بالثوب
فان كان ثوبها صفيقا لا يلتصق ببدنها فلا باس بان يتامل فيها ويتامل جسدها لان
المنظور اليه الثوب دون البدن وان كان ثوبها رقيقا يصف ما تحته ويشف
او كان صفيقا لكنه يلتصق ببدنها حتى يستبين له جسدها فلا يحل له النظر
لانه اذا استبان جسدها كانت صورة عارية حقيقة وروي عن عايشة
رضي الله عنها انها قالت دخلت علي اختي اسما وعليها ثياب شامية رقاق
وهي اليوم عندكم صفاق فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم هذه ثياب
لا تحبها سورة النور فامر بها فاخرجت فقلت يا رسول الله زارتني اختي فقلت لها
ما قلت فقال يا عايشة ان الحرة اذا حاضت لا ينبغي ان يرى منها الا وجهها وكفاها
والله اعلم واما النوع السابع وهو ذوات الرحم بلا محرم فحكمهن حكم الاجنبيات
الحراير لعموم الامر بغض البصر والنهي عن ابدا زينتهن الا للمذكورين في محل
الاستثنا وذوات الرحم بلا محرم غير مذكور في المستثنا فبقيت منهية عن ابدا الزينة
والله الموفق واما الثاني وهو بيان ما يحل من ذلك ويحرم للرجال من الرجال
فنقول يحل للرجل ان ينظر من الرجل الاجنبي الى ساير جسده الا ما بين السرة الى
الركبة الا عند الضرورة فلا باس ان ينظر الرجل من الرجل الى موضع الختان
ليختنه ويداويه بعد الختان وكذا اذا كان بموضع العورة من الرجل جرح او
قرح او وقعت الحاجة الى مداواة الرجل ولا ينظر الى الركبة ولا باس بالنظر الى
السرة والركبة عورة والسرة ليست بعورة عندنا وعند الشافعي على العكس
والصحيح قولنا لما روي عن رسول الله صلى الله عليه وسلم انه قال ما تحت السرة

م الرجال صح

م في صح

م احتجبا صح

كا نسخة صح

م وقد قال النبي صلى الله عليه وسلم لعن الله الكاسيات العاريات صح

م فان ثبت هذا عن النبي صلى الله عليه وسلم كان تفسيرا لقوله تعالى الا ما ظهر منها فذلك على خلاف ظاهر الرواية ان الحرة لا يحل النظر منها الا الى وجهها وكفيها صح

بلغ

والركبة والركبة ما تحتها فكانت عورة الا ما تحت الركبة صار مخصوصًا فبقيت الركبة تحت العموم ولان الركبة عضو مركب من عظم الساق والفخذ على وجه يتعذر تمييزه والفخذ من العورة والساق ليس من العورة فعند الاشتباه يجب العمل بالاحتياط وذلك فيما قلنا بخلاف السرة فانه اسم لموضع معلوم لا اشتباه فيه وقد روي عن عمر رضي الله عنه انه كان اذا اتزر ابدى سرته ولو كانت عورة لما احتمل منه كشفها هذا حكم النظر واما حكم المس فلا خلاف في ان المصافحة حلال لقول رسول الله صلى الله عليه وسلم تصافحوا تحابوا وروي عنه صلى الله عليه وسلم انه قال المومن اذا لقي اخاه فصافحه تناثرت ذنوبه ولان الناس يصافحون في سائر الاعصار في العهود والمواثيق وكانت سنة متوارثة واختلف في القبلة والمعانقة قال ابو حنيفة ومحمد يكره للرجل ان يقبل فم الرجل او يده او شيا منه او يعانقه وروي عن ابي يوسف انه لا باس به ووجهه ما روي انه لما قدم جعفر بن ابي طالب رضي الله عنه من الحبشة عانقه رسول الله صلى الله عليه وسلم وقبل بين عينيه وادني درجات فعله صلى الله عليه وسلم الحل وكذا روي ان اصحاب رسول الله صلى الله عليه وسلم ورضي عنهم كانوا اذا رجعوا من اسفارهم كان يقبل بعضهم بعضا واحتجا بما روي انه سُئل رسول الله صلى الله عليه وسلم ~~ورضي عنهم كانوا اذا رجعوا~~ فقيل اتقبل بعضنا بعضا فقال لا فقيل انعانق بعضنا بعضا فقال لا فقيل ايصافح بعضنا بعضا فقال نعم وذكر الشيخ ابو منصور ان المعانقة انما تكره اذا كانت شبيهة بما وصفت للشهوة في حالة التجرد واما اذا قصد بها البر والاكرام فلا يكره وكذا التقبيل الموضوع لقضاء الوطر والشهوة هو المحرم فاذا زال عن تلك الحالة ابيح وعلى هذا الوجه الذي ذكر الشيخ رحمه الله يحمل الحديث الذي احتج به ابو يوسف رحمه الله والله اعلم واما الثالث وهو بيان ما يحل من ذلك ويحرم للمراة من المراة فنقول كل ما يحل للرجال ان ينظر اليه من الرجل يحل للمراة ان تنظر اليه من المراة وكل ما لا يحل له لا يحل لها فتنظر المراة من المراة الى سائر جسدها الا ما بين السرة والركبة لانه ليس في نظر المراة الى المراة خوف الشهوة والوقوع في الفتنة كما ليس ذلك في نظر الرجل الى الرجل حتى لو خافت ذلك تجتنب النظر كما في الرجل ولا يجوز لها ان تنظر الى ما بين سرتها الى الركبة الا عند الضرورة بان كانت قابلة فلا باس لها ان تنظر الى الفرج عند الولادة وكذا لا باس ان تنظر اليه لمعرفة البكارة في امراة العنين والجارية المشتراه على شرط البكارة اذا اختصما وكذا اذا كان بها جرح او قرح في موضع لا يحل للرجال النظر اليه فلا باس ان

تداويها اذا علمت المداواة وان لم تعلم تتعلم ثم تداويها فان لم توجد امراة تعلم المداواة ولا امراة تتعلم وخيف عليها الهلاك او بلاء او وجع لا تحتمله صح يداويها الرجل لكن لا يكشف منها الا موضع الجرح والقرح ويغض بصره ما استطاع لان الحرمات الشرعية جاز ان يسقط اعتبارها شرعا لمكان الضرورة كحرمة الميتة وشرب الخمر حالة المخمصة والاكراه لكن الثابت بالضرورة لا يعدو موضع الضرورة لان علة ثبوتها الضرورة والحكم لا يزيد على قدر العلة والله اعلم هذا الذي ذكرنا حكم النظر والمس واما حكم الدخول في بيت الغير فالداخل لا يخلو اما ان يكون اجنبيا او من محارمه فان كان اجنبيا فلا يحل له الدخول فيه من غير استيذان لقوله تعالى يا ايها الذين امنوا لا تدخلوا بيوتا غير بيوتكم حتى تستانسوا وتسلموا على اهلها قيل تستانسوا اي تستاذنوا وقيل تستعلموا وهما متقاربان لان الاستيذان طلب الاذن والاستعلام طلب الاعلام والاذن اعلام وسوا كان الساكن في البيت او لم يكن لقوله تعالى فان لم تجدوا فيها احدًا فلا تدخلوها حتى يوذن لكم وهذا يدل على ان الاستيذان ليس للسكان انفسهم خاصة بل لانفسهم واموالهم لان الانسان كما يتخذ البيت سترا لنفسه يتخذه سترا لامواله فكما يكره اطلاع الغير على نفسه يكره اطلاعه على امواله وفي بعض الاخبار ان من دخل بيتا بغير اذن يقال له الموكل به عصيت واذيت فيسمع صوته الخلق كلهم الا الثقلين فيصعد صوته الى السما الدنيا فتقول ملايكة السما اف لفلان عصى ربه واذى واذا استاذن فاذن له حل له الدخول يدخل ثم يسلم ولا يقدم التسليم على الدخول كما قال بعض الناس لقوله تعالى فاذا دخلتم بيوتا فسلموا على انفسكم تحية من عند الله مباركة طيبة ولانه لو سلم قبل الدخول فاذا دخل يحتاج الى التسليم ثانيا وان لم يوذن بالدخول وقيل له ارجع فليرجع ويكره له ان يقعد على الباب لقوله تعالى وان قيل لكم ارجعوا فارجعوا هو ازكى لكم وفي بعض الاخبار الاستيذان ثلاث من لم يوذن له فيهن فليرجع اما الاول فيسمع الحي واما الثاني فياخذوا حذرهم واما الثالث فان شاوا اذنوا وان شاوا ردوا فاذا استاذن ثلاث مرات فلم يوذن له فينبغي ان يرجع ولا يقعد على الباب لينتظر لان للناس حاجات واشغال في المنازل وخارج المنازل فلو قعد على الباب وانتظر لضاق بذلك ذرعهم وشغل قلوبهم ولعل لا يلتام حاجاتهم فكان الرجوع خيرا له من القعود وذلك قوله تعالى هو ازكى لكم هذا اذا اراد الدخول للزيارة ونحوها فاما اذا اراد الدخول لتغيير المنكر بان سمع في داره صوت المزامير والمعازف فليدخل بغير اذنهم لان

تغيير المنكر فرض فلو شرط الاذن لتعذر التغيير والله اعلم وان كان من محارمه فلا يدخل
من غير استيذان ايضا وان كان يجوز له النظر الى مواضع الزينة الظاهرة والباطنة
لعموم قوله تعالى لا تدخلوا الاية ولانه لو دخل عليها من غير استيذان فربما كان
مكشوف العورة فيقع بصره عليها فيكرهان ذلك وهكذا روي ان رجلا سال
النبي صلى الله عليه وسلم وقال انا اخدم امي وافرشها الى ان استاذن عليها فقال
عليه السلام نعم فساله ثلاثا فقال ايسرك ان تراها عريانة فقال لا فقال
استاذن عليها وكذا روي عن حذيفة رضي الله عنه ان رجلا ساله فقال استاذن
على اختي فقال له ان لم تستاذن رايت ما يسوءك الا ان الامر في الاستيذان على المحارم
اسهل وايسر لان المحرم مطلق النظر الى مواضع الزينة منها شرعا والله اعلم
هذا الذي ذكرنا حكم الاحرار البالغين واما حكم المماليك والصبيان اما المملوك
فيدخل في بيت سيده من غير استيذان الا في ثلاثة اوقات قبل صلاة الفجر
وعند الظهيرة وبعد صلاة العشاء الاخرة لقوله تعالى يا ايها الذين امنوا ليستاذنكم
الذين ملكت ايمانكم الى قوله ليس عليكم ولا عليهم جناح بعدهن طوافون عليكم بعضكم
على بعض ولان هذه اوقات التجرد وظهور العورة في العادة اما قبل صلاة الفجر فوقت
الخروج من ثياب النوم ووقت الظهيرة وقت وضع الثياب للقيلولة وما بعد
صلاة العشاء وقت وضع ثياب النهار للنوم ولا كذلك بعد هذه الاوقات الثلاثة
لان العورات بعدها تكون مستورة عادة والعبد والامة في ذلك سوا وسوا كان
المملوك صغيرا او كبيرا بعد ان كان يعرف العورة من غير العورة لان هذه اوقات
غرة وساعات غفلة فربما يكون على حالة يكره ان يراه احد عليها وهذا المعنى
يستوي فيه الذكر والانثى والكبير والصغير بعد ان يكون من اهل التمييز ويكون
الخطاب في الصغار للسادات بالتعليم والتاديب كما في الابا مع الابنا الصغار
واما الصبيان فان كان الصغير ممن لا يميز بين العورة وغيرها فيدخل في الاوقات
كلها وان كان من اهل التمييز بان قرب من البلوغ يمنعه الاب عن الدخول في
الاوقات الثلاثة تاديبا وتعليما لامور الدين كالامر بالصلاة اذا بلغ سبعا
وضربه عليها اذا بلغ عشرا والتفريق بينهم في المضاجع والله اعلم هذا
اذا كان البيت مسكونا بان كان له ساكن فاما اذا لم يكن كالخانات والرباطات
التي تكون للمارة والخربات التي تقضى فيها حاجة البول والغائط فلا باس بان
يدخله من غير استيذان لقوله تعالى ليس عليكم جناح ان تدخلوا بيوتا غير
مسكونة فيها متاع لكم اي منفعة لكم وهي منفعة دفع الحر والبرد في الخانات

والرباطات ومنفعة قضاء حاجة البول والغائط في الخربات والله اعلم وروي في
الخبر انه لما نزلت اية الاستيذان قال ابو بكر يا رسول الله فكيف بالبيوت التي
بين مكة والمدينة وبين المدينة والشام ليس فيها ساكن فانزل الله تعالى ليس عليكم
جناح ان تدخلوا بيوتا غير مسكونة فيها متاع لكم هذا الذي ذكرنا حكم الدخول
واما حكم ما بعد الدخول وهو الخلوة فان كان في البيت امراة اجنبية او ذات
رحم غير محرم لا يحل للرجل ان يخلو بها لان فيه خوف الفتنة والوقوع في الحرام
وقد روي عن رسول الله صلى الله عليه وسلم انه قال لا يخلون رجل بامراة الا وثالثهما
الشيطان فان كانت المراة ذات رحم محرم منه فلا باس بالخلوة والافضل ان لا يفعل
لما روي عن ابن مسعود رضي الله عنه انه قال ما خلوت بامراة قط مخافة ان ادخل
في نهي النبي صلى الله عليه وسلم ويكره للمراة ان تصل شعر غيرها من بني ادم بشعرها
لقوله صلى الله عليه وسلم لعن الله الواصلة والمستوصلة ولان الادمي بجميع اجزائه
مكرم ~~والمراة~~ والانتفاع بالجزء المنفصل منه اهانة به ولهذا كره بيعه ولا باس بذلك
من شعر البهيمة وصوفها لانه انتفاع بطريق التزين بما يحتمل ذلك ولهذا
احتمل الاستعمال في ساير وجوه الانتفاعات فكذا في التزين ولا باس للرجل
ان يعزل عن امته بغير اذنها واما المنكوحة فان كانت حرة يكره له العزل
من غير اذنها بالاجماع لان لها في الولد حقا وفي العزل فوت الولد ولا يجوز تفويت
حق الانسان من غير رضاه واذا رضيت جاز وان كانت امة فلا بد من الاذن ايضا
بلا خلاف لكن الكلام في ان الاذن في ذلك الى المولى ام اليها قال ابو حنيفة رضي الله
عنه الاذن فيه الى مولاها وقال ابو يوسف ومحمد اليها وجه قولهما ان لها
حقا في قضاء الشهوة والعزل يوجب نقصانا فيه ولا يجوز البخس بحق الانسان من
غير رضاه وجه قول ابي حنيفة ان الكراهة في الحرة لمكان خوف فوت الولد
الذي فيه حقها والحق هاهنا في الولد للمولى دون الامة وقولهما فيه نقصان قضاء
الشهوة نعم لكن حقها في اصل قضاء الشهوة لا في وصف الكمال الا ترى ان من الرجال
من لا ماء له وهو يجامع امراته من غير انزال فلا يكون لها حق الخصومة دل ان
حقها في اصل قضاء الشهوة لا في وصف الكمال والله اعلم ويكره للرجل ان يقول في
دعايه اسالك بحق انبيايك ورسلك وبحق فلان لانه لا حق لاحد على الله تعالى
وكذا يكره ان يقول في دعايه بمعقد العز من عرشك وروي عن ابي يوسف انه لا باس
بذلك لورود الحديث وهو ما روي عن رسول الله صلى الله عليه وسلم انه كان يقول
في دعايه اللهم اني اسالك بمعقد العز من عرشك ومنتهى الرحمة من كتابك وباسمك

التي

اسالك صح

الاعظم وجدك الاعلى وكلماتك التامة وجه ظاهر الرواية ان ظاهر هذا اللفظ
يوهم التشبيه لان العرش خلق من خلائق الله تعالى فاستحال ان يكون عز الله تعالى
معقودا به وظاهر الخبر الذي هو من جد الاحاد اذا كان موهما التشبيه فالكف
عن العمل به اسلم ويكره حمل الخرقة لمسح العرق والامتخاط به ترفعا وتكبرا لان
التكبر من المخلوق مذموم وكذا هو تشبه بزي العجم وقد قال عمر رضي الله عنه اياكم
وزي العجم فاما للحاجة فلا باس به لانه لو لم يحمل لاحتاج الى الاخذ بالكم والذيل
وفيه افساد ثوبه ولا باس بربط الخيط او الخاتم في الاصبع للحاجة لان فيه
استعانة على قضاء حاجة المسلم بالذكر ودفع النسيان وانه امر مندوب
اليه وروي ان رسول الله صلى الله عليه وسلم امر بعض اصحابه بذلك ويكره استقبال
القبلة بالفرج في الخلا لما روي عن رسول الله صلى الله عليه وسلم انه قال اذا اتيتم
الغايط فعظموا قبلة الله ولا تستقبلوها ولا تستدبروها ولكن شرقوا او غربوا
وهذا بالمدينة واما الاستدبار فعن ابي حنيفة فيه روايتان في رواية يكره
للحديث الذي روينا وفي رواية لا يكره لما روي ان عبد الله بن عمر رضي الله عنهما
راى النبي صلى الله عليه وسلم مستقبل الشام مستدبر القبلة ولان فرجه لا يوازي
القبلة حالة الاستدبار وانما يوازي الارض بخلاف حالة الاستقبال وهذا
اذا كان في الفضا فان كان في البيوت فكذلك عندنا وعند الشافعي رحمه الله لا باس
بالاستقبال في البيوت واحتج بما روي ان عبد الله بن عمر رضي الله عنهما سيل عن ذلك
فقال انما ذلك في الفضا ولنا ما روينا من حديث رسول الله صلى الله عليه وسلم
مطلقا من غير فصل بين الفضا والبيوت والعمل بقول رسول الله صلى الله عليه وسلم
اولى من العمل بقول الصحابي ولان الفارق بين الفضا والبيوت ان كان وجود
الحايل من الجدار ونحوه فقد وجد الحايل في الفضا ايضا وهو الجبال وغيرها
ولم يمنع الكراهة فكذا هاهنا ويكره ان يكون قبلة المسجد الى متوضا او مخرج
او حمام لان فيه ترك تعظيم المسجد واما مسجد البيت وهو الموضع الذي عينه
صاحب البيت للصلاة فلا باس بذلك لانه ليس بمسجد حقيقة فلا يكون له حكم
المسجد ويكره التصاوير في البيوت لما روي عن رسول الله صلى الله عليه وسلم عن جبريل
صلى الله عليه وسلم انه قال انا لا ندخل بيتا فيه كلب او صورة ولان امساكها تشبه
بعبدة الاوثان الا ان يسجد عليها فيكره لحصول معنى التشبه ويكره على الستور وعلى
الازر المضروبة على الحايط وعلى الوسايد الكبار وعلى السقف لما فيه من تعظيمها
ولو لم يكن لها راس فلا باس لانها لا تكون صورة بل تكون نقشا فان قطع راسه بان خاط

الا اذا كانت على البسط
وعلى الوسائد الصغار
التي تلقى على الارض ليجلس
عليها فلا يكره لان دوسها
بالارجل اهانة لها فامساكها
في موضع الاهانة لا يكون تشبها
بعبدة الاصنام صح

على

على عنقه خيطا فذلك ليس بشي لانها لم تخرج عن كونها صورة بل ازدادت
حليته كالطوق لذوات الاطواق من الطيور ثم المكروه صورة ذي الروح فاما
صورة ما لا روح فيه من الاشجار والقناديل ونحوها فلا باس ويكره التعشير
والنقط في المصحف لقول عبد الله بن مسعود رضي الله عنه جردوا المصاحف
وذلك في ترك التعشير والنقط ولان ذلك يودي الى الخلل في حفظ القران لانه
يتكل عليه فلا يجتهد في الحفظ بل يتكاسل لكن قيل هذا في بلادهم فاما في
بلاد العجم فلا يكره لان العجم لا يقدرون على تعلم القران بدونه ولهذا اجري
التعارف به في عامة الاسلام من غير نكير وكان مستحسنا لا مكروها والله اعلم
ولا باس بنقش المسجد بالجص والساج وما الذهب لان تزيين المسجد من باب
تعظيمه لكن مع هذا تركه افضل لان صرف المال الى الفقرا اولى واليه اشار عمر
بن عبد العزيز رحمه الله حين راى مالا ينقل الى المسجد الحرام فقال المساكين
احوج من الاساطين وكان لمسجد رسول الله صلى الله عليه وسلم جريد النخل
وهذا اذا نقش من مال نفسه فاما من مال المسجد فلا ينبغي ان يفعل ولو فعل
القيم من مال المسجد قيل انه يضمن ولا تعق عن الغلام ولا عن الجارية وهذا
عندنا وعند الشافعي رحمه الله العقيقة سنة واحتج بما روي ان رسول الله صلى
الله عليه وسلم عق عن الحسن والحسين كبشا كبشا ولنا ما روي عن رسول
الله صلى الله عليه وسلم انه قال نسخت الاضحية كل دم كان قبلها ونسخ صوم رمضان
كل صوم كان قبله ونسخت الزكاة كل صدقة كانت قبلها والعقيقة كانت قبل
الاضحية فكانت منسوخة بها كالعتيرة والعقيقة ما كانت قبلها فرضا بل
كانت فضلا وليس بعد نسخ الفضل الا الكراهية بخلاف صوم عاشورا وبعض
الصدقات المنسوخة حيث جاز التنفل بها بعد النسخ لان ذلك كان فرضا
وانتساخ الفرضية لا تخرجه عن كونه قربة في نفسه والله اعلم ويكره
للرجل ان يجعل الراية في عنق عبده ولا باس بان يقيده اما الراية وهو الغل
فلانه شي احدثته الجبابرة وقد قال رسول الله صلى الله عليه وسلم كل محدثة
بدعة وكل بدعة ضلالة وكل ضلالة في النار فاما التقييد فليس بمحدث
بل كان يستعمله الصحابة رضي الله عنهم روي ان عبد الله بن عباس رضي الله عنهما قيد
عبد الله بعلمه تاويل القران وبه جرت العادة في ساير الامصار من غير نكير
فيكون اجماعا ولان ضرب الراية على العبد لابقا التمكن من الانتفاع مع الامن
عن الاباق اذ الراية لا تحصل بالراية لان كل احد اذا راه يمشي مع الراية يظنه

ابقا فيصرفه عن وجهه ويرده الى مولاه فلا يمكنه الانتفاع به فلم يكن ضرب
الراية عليه مفيدا ولا باس بالحقنة لانها من باب التداوي ولانه امر مندوب
اليه قال النبي صلى الله عليه وسلم تداووا فان الله تعالى ما خلق داء الا وخلق له
دواء الا السام والهرم ويكره اللعب بالنرد والشطرنج والاربعة عشر وهي
لعب تستعمله اليهود لانه قمار او لعب وكل ذلك حرام اما القمار فلقوله تعالى
يا ايها الذين امنوا انما الخمر والميسر والانصاب والازلام رجس من عمل الشيطان
الاية والميسر هو القمار كذا روي عن ابن عباس وابن عمر رضي الله عنهم وروي
عن مجاهد وسعيد بن جبير والشعبي وغيرهم انهم قالوا الميسر القمار كله حتى
الجوز الذي تلعب به الصبيان وعن علي رضي الله عنه انه قال الشطرنج هو
ميسر الاعاجم وعن النبي صلى الله عليه وسلم انه قال ما الهاك عن ذكر الله فهو
ميسر واما اللعب فلقوله صلى الله عليه وسلم كل لعب حرام الا ملاعبة الرجل
امراته وقوسه وفرسه وقوله صلى الله عليه وسلم ما انا من دد ولا دد
مني وحكي عن الشافعي رضي الله عنه انه رخص اللعب بالشطرنج وقال ان فيه
تشحيذ الخاطر وتذكية الفهم والعلم بتدابير الحرب ومكايده وكان
من باب الادب فاشبه الرماية والفروسية وبهذا لا يخرج عن كونه
قمارا او لعبا وكل ذلك حرام لما ذكرنا وكره ابو يوسف التسليم على اللاعبين
بالشطرنج تحقيرا لهم لزجرهم عن ذلك ولم يكره ابو حنيفة رحمه الله لان
ذلك يشغلهم عما هم فيه وكان التسليم عليهم بعض ما يمنعهم عن ذلك فلا يكره
ولا باس بعيادة اليهودي والنصراني لما روي ان رسول الله صلى الله عليه وسلم
عاد يهوديا فقال له قل لا اله الا الله محمد رسول الله فنظر الى ابيه فقال له
اجب محمدا فاسلم ثم مات فقال النبي صلى الله عليه وسلم الحمد لله الذي
انقذ بي نسمة من النار ولان عيادة الجار قضاء حق الجوار وانه مندوب
اليه قال الله تعالى والجار الجنب من غير فصل مع ما في العيادة من الدعوة
من الدعوة الى الايمان رجاء الايمان فكيف يكون مكروها ويكره الابتداء بالتسليم
على اليهودي والنصراني لان التسليم اسم لكل بر وخير ولا يجوز مثل هذا
الدعاء للكافر الا انه اذا سلم لا باس بالرد عليه مجازاة له ولكن لا يزيد على
قوله عليك لما روي عن رسول الله صلى الله عليه وسلم انه قال ان اليهود اذا
سلم عليكم احدهم فانما يقول السام عليكم فقولوا عليك ولا باس بدخول اهل
الذمة المساجد عندنا وقال مالك لا يحل وقال الشافعي لا يحل لهم دخول

المسجد

المسجد الحرام احتج مالك بقوله انما المشركون نجس وتنزيه المسجد عن النجس
واجب بحقيقة انه يجب تنزيه المسجد عن بعض الطاهرات كالنخامة ونحوها
قال عليه السلام ان المسجد لينزوي من النخامة كما ينزوي الجلدة من النار
فعن النجاسة اولى واحتج الشافعي بقوله تعالى فلا يقربوا المسجد الحرام فالنهي
عن قربانه يدل على اختصاص حرمة الدخول به ليكون التخصيص مفيدا ولنا
ان المشركين من وفود العرب وغيرهم كانوا يدخلون المسجد على رسول الله
صلى الله عليه وسلم فانه روي ان ابا سفيان دخل المسجد عام الحديبية
وكذا وفد ثقيف دخلوا المسجد قال رسول الله صلى الله عليه وسلم بعد
فتح مكة من دخل المسجد فهو امن جعل الحرام مامنا ودعاهم الى دخوله
وما كان عليه السلام ليدعوا الى الحرام واما الاية فالمراد انهم نجس الاعتقاد
والافعال لا نجس الاعيان اذ لا نجاسة على اعيانهم حقيقة وقوله فلا يقربوا
المسجد الحرام نهي عن دخول مكة للحج لا عن دخول المسجد الحرام نفسه لقوله
تعالى وان خفتم عيلة فسوف يغنيكم الله من فضله ان شاء ومعلوم ان خوف
العيلة انما يتحقق بمنعهم عن دخول مكة لا عن دخول المسجد نفسه لانهم
اذا دخلوا مكة ولم يدخلوا المسجد الحرام لا يتحقق خوف العيلة ولما روي
ان رسول الله صلى الله عليه وسلم بعث عليا رضي الله عنه ينادي الا لا يحجن بعد
هذا العام مشرك فثبت ان هذا نهي عن دخول مكة للحج الا انه ذكر المسجد لما
ان المقصد من اتيان مكة البيت والبيت في المسجد والله اعلم مسلم باع خمرا
واخذ ثمنها وعليه دين يكره لصاحب الدين ان ياخذ منه ولو كان البايع نصرانيا
فلا باس بان ياخذ ووجه الفرق ان بيع الخمر من المسلم باطل لانها ليست متقومة
في حق المسلمين فلم يملك ثمنها فبقي على حكم ملك المشتري فلم يصح قضاء الدين
به واذا كان البايع نصرانيا فالبيع صحيح لكونها مالا متقوما في حقه
فملك ثمنها فصح قضاء الدين منه والله اعلم رجل دعي الى وليمة او طعام
وهناك لعب او غناء جملة الكلام فيه ان هذا في الاصل لا يخلو من احد وجهين
اما ان يكون عالما ان هناك ذلك واما ان لم يكن عالما به فان كان عالما به
فان كان من غالب رايه انه يمكنه التغيير يجب لان اجابة الدعوة مسنونة
قال النبي صلى الله عليه وسلم اذا دعي احدكم الى وليمة فليأتها وتغيير المنكر
مفروض وكان في الاجابة اقامة الفرض ومراعاة السنة وان كان في غالب
رايه انه لا يمكنه التغيير لا باس بالاجابة لما ذكرنا ان اجابة الدعوة مسنونة

خص المسجد الحرام

المسجد صح

ولا تترك السنة لمعصية توجد من الغير الا ترى انه لا يترك تشييع الجنازة وشهود
المأتم وان كان فيه معصية من النياحة وشق الجيوب ونحو ذلك كذا ههنا
وقيل هذا اذا كان المدعو اماما يقتدي به بحيث يحترم ويحتشم منه فان
لم يكن فترك الاجابة والقعود عنها اولى وان لم يكن عالما حتى ذهب فوجد
هناك لعبا او غنا فان امكنه التغيير غير وان لم يمكنه ذكر في الكتاب وقال
لا باس بان يقعد وياكل وقال ابو حنيفة ابتليت بهذا مرة لما ذكرنا انه امر
مندوب اليه فلا يترك لاجل معصية توجد من الغير وقيل هذا اذا لم يعلم
به حتى دخل فان علم قبل الدخول يرجع ولا يدخل وقيل هذا اذا لم يكن اماما
يقتدي به فان كان لا يمكث بل يخرج لان في المكث استخفافا بالعلم والدين
وتجرية لاهل الفسق على الفسق وهذا لا يجوز وصبر ابي حنيفة رحمه
الله عليه محمول على وقت لم يصر فيه مقتدي به على الاطلاق ولو صار لما
صبر ودلت المسلة على ان مجرد الغنا معصية وكذا الاستماع اليه وكذا
ضرب القضيب والاستماع اليه الا ترى ان ابا حنيفة رحمه الله سماه ابتلا
ويكره الاحتكار والكلام في الاحتكار في موضعين احدهما في تفسير الاحتكار
وما يصير به الشخص محتكرا والثاني في بيان حكم الاحتكار اما الاول
فهو ان يشتري طعاما في مصر ويمتنع عن بيعه وذلك يضر بالناس
وكذا لو اشتراه من مكان قريب يحمل طعامه الى المصر وذلك المصر صغير
وهذا يضر به يكون محتكرا وان كان مصرا كبيرا لا يضر به لا يكون محتكرا
ولو جلب الى المصر طعاما من مكان بعيد وحبسه لا يكون احتكارا وروي
عن ابي يوسف انه يكون احتكارا لان كراهية الاحتكار بالشرا في المصر
والامتناع عن البيع لمكان الاضرار بالعامة وقد وجد ههنا وجه قول ابي حنيفة
قول النبي صلى الله عليه وسلم الجالب مرزوق وهذا جالب ولان الاحتكار حبس
المشترا في المصر لتعلق حق العامة به فيصير ظالما بمنع حقهم على ما نذكر
ولم يوجد ذلك في المشتري خارج المصر من مكان بعيد لانه متى اشتراه ولم
يتعلق به حق اهل المصر فلا يتحقق الظلم ولكن مع هذا الافضل له ان لا يفعل
ويبيع لان في الحبس ضررا بالمسلمين وكذلك ما حصل له من ضياعه بان زرع
ارضه فامسك طعامه فليس له ذلك باحتكار لانه لم يتعلق به حق اهل المصر
لكن الافضل ان لا يفعل ويبيع لما قلنا ثم الاحتكار يجري في كل ما يضر بالعامة
عند ابي يوسف قوتا كان او لا وعند محمد لا يجري الاحتكار الا في قوت الناس

وعلف

وعلف الدواب من الحنطة والشعير والقت وجه قول محمد ان الضرر في
الاعم الاغلب انما يلحق العامة بحبس القوت والعلف فلا يتحقق الاحتكار الا به
وجه قول ابي يوسف ان الكراهة لمكان الاضرار بالعامة وهذا لا يختص
بالقوت والعلف واما حكم الاحتكار فنقول يتعلق بالاحتكار احكام منها
الحرمة لما روي عن رسول الله صلى الله عليه وسلم انه قال المحتكر ملعون والجالب
مرزوق ولا يلحق اللعن الا بمباشرة المحرم وروي عنه صلى الله عليه وسلم انه قال
من احتكر طعاما اربعين ليلة فقد بري من الله وبري الله منه ومثل هذا
الوعيد لا يلحق الا بارتكاب المحرم ولان الاحتكار من باب الظلم لان ما بيع في
المصر فقد تعلق به حق العامة فاذا امتنع المشتري عن بيعه عند شدة حاجتهم
اليه فقد منعهم حقهم ومنع الحق عن المستحق ظلم وانه حرام وقليل مدة الحبس
وكثيرها سوا في حق الحرمة لتحقق الظلم ومنها انه يومر المحتكر بالبيع ازالة
للظلم لكن انما يومر ببيع ما فضل عن قوته وقوت اهله فان لم يفعل واصر
على الاحتكار ورفع الى الامام مرة اخرى وهو مصر على الاحتكار فان الامام
يعظه ويهدده فان لم يفعل ورفع اليه مرة ثالثة يحبسه ويعزره
زجرا له عن سوء صنيعه ولا يجبر على البيع وقال محمد يجبر عليه وهذا
يرجع الى مسلة الحجر على الحر لان الجبر على البيع في معنى الحجر وكذا لا يسعر لقوله
تعالى يا ايها الذين امنوا لا تاكلوا اموالكم بينكم بالباطل الا ان تكون تجارة عن
تراض منكم وقوله صلى الله عليه وسلم لا يحل مال امرئ مسلم الا بطيب من نفسه
وروي ان السعر غلا بالمدينة فطلبوا التسعير من رسول الله صلى الله عليه
وسلم فلم يسعر وقال ان الله هو المسعر القابض الباسط ومنها اذا خاف
الهلاك على اهل المصر اخذ الطعام وفرقه عليهم فاذا وجدوا ردوا عليه
مثله لانهم اضطروا اليه ومن اضطر الى مال الغير في مخمصة كان له ان يتناوله
بالضمان لقوله تعالى فمن اضطر في مخمصة غير متجانف لاثم فان الله غفور
رحيم وكذا يكره تلقي الركبان اذا كان ذلك مضرا باهل المصر لما روي ان
النبي صلى الله عليه وسلم نهى عن تلقي الركبان ولان فيه اضرارا بالعامة فيكره
كما يكره الاحتكار ويكره خرق الزق الذي فيه خمر لمسلم عند ابي حنيفة
ولو خرق يضمن وعند ابي يوسف ومحمد لا يكره ولا يضمن وعلى هذا الخلاف
كسر الات الملاهي من البربط والعود والمزمار والمسلة تعرف في كتاب البيوع
رجل ابتلع درة من رجل فمات المبتلع فان ترك مالا كانت قيمة الدرة في تركته

[margin:] والتبن صح
[margin:] من المحتكرين صح

وان لم يترك مالا لا يشق بطنه لان الشق حرام وحرمة النفس اعظم من حرمة
المال وعليه قيمة الدرة لانه استهلكها وهي ليست من ذوات الامثال فكانت
مضمونة بالقيمة فان ظهر له مال في الدنيا قضي منه والا ماخوذ به في الاخرة
حامل ماتت فاضطرب في بطنها ولد فان كان في اكبر الراي انه حي يشق بطنها
لانا ابتلينا ببليتين فنختار اهونهما وشق بطن الميتة اهون من اهلاك الولد
الحي رجل له ورثة صغار فاراد ان يوصي نظر في ذلك فان كان اكبر
رايه انه يقع الكفاية لهم بما سوى الثلث من المتروك فالوصية بالثلث افضل
لان فيه رعاية الجانبين وان كان اكبر رايه انه لا يقع الكفاية لهم الا بكل
المتروك فالترك لهم افضل من الوصية لما روي ان سعد بن ابي وقاص رضي الله
عنه سال رسول الله صلى الله عليه وسلم فقال بكم يوصي الرجل من ماله فقال عليه
السلام بالثلث والثلث كثير لان تدع ورثتك اغنيا خير من ان تدعهم عالة
يتكففون الناس رجل راي رجلا قتل اباه وادعى القاتل انه قتله بقصاص او ردة
ولم يعلم الابن من ذلك شيا وسع الابن ان يقتله لانه عاين السبب الموجب
للقصاص في الاصل وهو القتل العمد لقوله صلى الله عليه وسلم العمد قود الا ان يعفا
او يقاد والقاتل يدعي امرا عارضا فلا يسمع الا بحجة وكذا اذا اقر بالقتل في
السر ثم ادعى انه قتله بقصاص او بردة كان الابن من سعة من قتله لان
الاقرار بالقتل العمد اقرار بالسبب الموجب للقصاص في الاصل على ما بينا ولو لم
يعاين القتل ولا اقر عنده به ولكن شهد عنده شاهدان عدلان على معاينة
القتل او على الاقرار به لم يسعه ان يقتله حتى يقضي القاضي بشهادتهما فرق
بين الاقرار وبين الشهادة ووجه الفرق بينهما ظاهر لان الشهادة ليست
بحجة بنفسها بل بقضا القاضي لما فيه من تهمة جر النفع فلا تندفع التهمة
الا بقضا القاضي فاما الاقرار فحجة بنفسه اذ الانسان غير متهم في الاقرار على
نفسه فهو الفرق وكذلك يحل لمن عاين القتل او سمع اقراره به ان يعين الولي
على قتله لانه اعانة لصاحب الحق على استيفا حقه ظاهرا ولو شهد عند
الابن اثنان بما يدعيه القاتل مما علا دمه من القتل والردة فان كانا ممن
يقضي القاضي بشهادتهما فتبين انه قتله بغير حق والامتناع عن المباح اولى
من ارتكاب المحظور وان كانا ممن لا يقضي القاضي بشهادتهما لو شهدا عنده
كالمحدودين في القذف والنسا وحدهن كان في سعة من قتله لما ذكرنا ان
الشهادة ليست بحجة بنفسها بل بقضا القاضي وان كانت مما لا يتصل بها القضا

لو شهدا عنده لا ينبغي للابن ان يعجل بالقتل لجواز ان يتصل القضا بشهادتهما صح

كان

كان وجودها وعدمها بمنزلة واحدة ويمكن مع هذا ان يتوقف في ذلك فهو افضل
لاحتمال اتصال القضا به في الجملة ولاحتمال ان يكون صدقا حقيقة عند الله تعالى
ولو شهد عنده رجل واحد عدل غير محدود في قذف ينبغي ان يتوقف في القتل لجواز
ان ينضم اليه شاهد اخر ولهذا لو شهد عند القاضي لتوقف ايضا فكان الانتظار
افضل ولو لم ينتظر واستعجل في قتله كان في سعة منه لان الموجود احد شطري
الشهادة وانه لا يعتبر بدون الشطر الاخر ولو عاين الوارث رجلا اخذ مالا
من ابيه او اقر عنده انه اخذ مالا من ابيه وادعى انه كان وديعة له عند ابيه
او كان دينا له عليه اقتضاه منه وسعه ان ياخذه منه لانه لما عاين اخذ المال
منه فقد عاين السبب الموجب للضمان في الاصل وهو الاخذ لان الاخذ في الاصل
سبب لوجوب ضمان الماخوذ وهو رد عينه ان كان قايما ورد بدله ان كان هالكا
لقوله صلى الله عليه وسلم على اليد ما اخذت حتى ترده ودعوى الابداع والدين
امر عارض فلا يسمع الا بحجة فله ان ياخذه منه ولو امتنع عن الدفع يقاتله
عليه لقوله عليه السلام قاتل دون مالك وكذا اذا اقر بذلك لانه اقر بالسبب
الموجب للضمان على ما بينا فله ان ياخذه منه وكذا يسع لمن عاين ذلك او سمع
اقراره ان يعينه على الاخذ منه لانه اعانة على استيفا الحق ظاهرا ولو لم يعاين ولا
اقر به عنده ولكن شهد شاهدان عدلان عنده ان هذا الشي الذي في يدي فلان
ملك ورثته عن ابيك لا يسعه اخذه منه حتى يقضي القاضي بخلاف
الاقرار وقد مر الفرق بينهما في فصل القتل والله اعلم هذا الذي ذكرنا بيان
النوع الذي تثبت حرمته في حق الرجال والنسا جميعا واما الذي تثبت
حرمته في حق الرجال دون النسا فله انواع منها لبس الحرير المصمت
والديباج والقز لما روي ان رسول الله صلى الله عليه وسلم خرج وباحدى
يديه حرير وبالاخرى ذهب فقال هذان حرامان على ذكور امتي حل لاناثها
وروي ان رسول الله صلى الله عليه وسلم اعطى عمر حلة فقال يا رسول الله
كسوتني حلة وقد قلت في حلة عطارد انما يلبسه من لا خلاق له في الاخرة
فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم اني لم اكسكها لتلبسها وفي رواية انما
اعطيتك لتكسو بعض نسايك فان قيل اليس انه روي ان رسول الله صلى الله
عليه وسلم خرج وعليه قبا من ديباج قيل نعم ثم نسخ لما روي عن انس رضي
الله عنه انه قال لبس رسول الله صلى الله عليه وسلم جبة حرير اهداها له
اكيدر دومة وذلك قبل ان نهى عنه كذا قال انس رضي الله عنه وهذا في غير

حالة الحرب واما في حال الحرب فكذلك عند ابي حنيفة رحمه الله وعند ابي يوسف
ومحمد لا يكره لبس الحرير في حال الحرب وجه قولهما ان في لبس الحرير في حال
الحرب ضرورة لانه يحتاج الى دفع ضرر السلاح والحرير ادفع له واهيب للعدو
ايضا فرخص للضرورة ولابي حنيفة اطلاق التحريم الذي روينا من غير فصل
بين حال الحرب وغيرها وما ذكرنا من الضرورة تندفع بلبس ما لحمته حرير
وسداه غير حرير لان دفع ضرر السلاح وتهييب العدو يحصل به فلا ضرورة
الى لبس الحرير الخالص فلا تسقط الحرمة من غير ضرورة ولا فرق بين الكبير
والصغير في الحرمة بعد ان كان ذكرا لان النبي صلى الله عليه وسلم اذا ادار هذا
الحكم على الذكورة بقوله هذان حرامان على ذكور امتي حل لاناثها الا ان اللابس
اذا كان صغيرا فلا اثم على من البسه لا عليه لانه ليس من اهل التحريم عليه كما اذا
سقي خمرا كان الاثم على الساقي لا عليه كذا ها هنا هذا اذا كان كله حريرا وهو
المصمت فان كانت لحمته حريرا وسداه غير حرير لا يكره لبسه في حالة
الحرب بالاجماع لما ذكرنا من ضرورة دفع مضرة السلاح وتهييب العدو
فاما في غير حال الحرب فمكروه لانعدام الضرورة وان كان سداه حريرا
ولحمته غير حرير لا يكره في حال الحرب وغيرها وها هنا نكتتان احديهما
ان الثوب يصير ثوبا باللحمة لانه انما يصير ثوبا بالنسج والنسج تركيب
اللحمة بالسدى فكانت اللحمة كالوصف الاخير فيضاف الحكم اليه وهذه
النكتة تقتضي اباحة لبس العتابي والنكتة الثانية وهي نكتة
الشيخ ابي منصور رحمه الله ان السدى اذا كان حريرا واللحمة غير حرير
يصير السدى مستورا باللحمة فاشبه الحرير وهذه النكتة تقتضي ان
لا يباح لبس العتابي لان سداه ظاهر غير مستور والصحيح هو النكتة
الاولى لان رواية الاباحة في لبس مطلق ثوب سداه حرير ولحمته غير
حرير منصوصة فيجري على اطلاقها فلا يناسبها الا النكتة الاولى ولو
جعل حشو القباء حريرا او قزا لا يكره لانه مستور بالظهارة فلم يحصل معنى
التزين والتنعم الا ترى ان لابس هذا الثوب لا يسمى لابس الحرير والقز ولو
جعل الحرير بطانته يكره لانه لابس الحرير حقيقة وكذا معنى التنعم حاصل
للين الحرير ولطفه هذا اذا كان الحرير كثيرا فاما اذا كان قليلا كاعلام
الثياب والعمائم قدر اربعة اصابع فما دونها لا يكره وكذا العلم المنسوج
بالذهب لانه تابع والعبرة للمتبوع الا ترى ان لابسه لا يسمى لابس الحرير والذهب

وكذا جرت العادة بتعمم العمائم ولبس الثياب المعلمة بهذا القدر في سائر الاعصار
من غير نكير فيكون اجماعا وكذا الثوب والقلنسوة الذي جعل على اطرافهما
حرير لا يكره اذا كان قدر اربعة اصابع فما دونها لما قلنا وروي ان النبي
صلى الله عليه وسلم لبس فروة على اطرافها حرير وعن محمد رحمه الله انه
لا يسع ذلك في القلنسوة وان كان اقل من اربعة اصابع وانما رخص ابو حنيفة
اذا كان في عرض الثوب وذكر في نوادر هشام عن محمد رحمه الله انه يكره
تكة الديباج والابريسم لانه استعمال الحرير مقصودا لا بطريق التبعية فيكره
وان قل بخلاف العلم ونحوه والله اعلم هذا الذي ذكرنا حكم لبس الحرير
فاما حكم التوسد به والجلوس والنوم عليه فغير مكروه عند ابي حنيفة
وعند ابي يوسف ومحمد مكروه لهما اطلاق التحريم الذي روينا من غير
فصل بين اللبس وغيره ولان معنى التزين والتنعم كما يحصل باللبس
يحصل بالتوسد والجلوس والنوم ولابي حنيفة انه كان على بساط عبد
ما روي صح
الله بن عباس رضي الله عنهما مرفقة من حرير وروي ان انسا رضي الله عنه
حضر وليمة فجلس على وسادة حرير عليها طيور وفعله رضي الله عنه
على رخصة الجلوس وعلى الوسادة الصغيرة التي عليها صورة وبه يتبين
ان المراد من التحريم في الحديث تحريم اللبس لكون فعل الصحابة مبينا لقول
النبي صلى الله عليه وسلم لا مخالفا له والقياس باللبس غير سديد لان التزين
بهذه الجهات دون التزين باللبس لانه استعمال فيه اهانة المستعمل بخلاف
اللبس فبطل الاستدلال به واما المراة فيحل لها لبس الحرير المصمت والديباج
والقز لان النبي صلى الله عليه وسلم احل ذلك للاناث بقوله حل لاناثها ومنها
الذهب لان النبي صلى الله عليه وسلم جمع بين الذهب وبين الحرير في التحريم
على الذكور بقوله هذان حرامان على ذكور امتي فيكره للرجل التزين بالذهب
كالتختم ونحوه ولا يكره للمراة لقوله حل لاناثها وروي عن النعمان بن بشير
رضي الله عنه انه قال اتخذت خاتما من ذهب فدخلت على رسول الله صلى الله عليه
وسلم فقال ما لك اتخذت حلي اهل الجنة قبل ان تدخلها فرميت ذلك
فاتخذت خاتما من حديد فدخلت عليه فقال ما لك اتخذت حلي اهل النار
فاتخذت خاتما من نحاس فدخلت عليه فقال اني اجد منك ريح الاصنام
فقلت فكيف اصنع يا رسول الله فقال اتخذه من الورق ولا تزد على المثقال
والاصل ان استعمال الذهب فيما يرجع الى التزين مكروه في حق الرجل دون المراة

لما قلنا واستعمال الدهن فيما ترجع منفعته الى البدن جميعا حتى يكره الاكل والشرب والادهان
والتجمير من مجامر الذهب والفضة للرجل والمراة لقول النبي صلى الله عليه وسلم ان الذي
يشرب من انية الفضة انما يجرجر في بطنه نار جهنم ومعلوم ان الذهب اشد
حرمة من الفضة الا ترى انه رخص التختم بالفضة للرجل ولا رخصة في الذهب
اصلا وكان النص الوارد في الفضة واردا في الذهب دلالة من طريق الاولى كتحريم
التافيف مع تحريم الضرب والشتم وكذا الاكتحال بمكحلة من ذهب او ميل من ذهب
مكروه للرجل والمراة جميعا لان منفعته عايدة الى البدن فاشبه الاكل والشرب
واما المضبب بالذهب فلا باس بالاكل والشرب فيه عند ابي حنيفة وهو
قول محمد ذكره في الموطا وعند ابي يوسف يكره وجه قول ابي يوسف
ان استعمال الذهب حرام بالنص وقد حصل استعمال الاناء فيكره وجه قولهما
ان ذا القدر الذي عليه من الذهب تابع والعبرة للمتبوع دون التابع كالثوب
المعلم والجبة المكفوفة بالحرير وعلى هذا الخلاف الجلوس على السرير
المضبب والكرسي والسرج واللجام والركاب والثفر المضببة وكذا المضبب
على الخلاف وكذا حلقة المراة اذا كانت من الذهب ولبس ثوب فيه كتابة بذهب
على هذا الاختلاف واما السيف المضبب والسكين فلا باس بالاجماع وكذا
المنطقة المضببة لورود الاثار بالرخصة بذلك في السلاح ولا باس بشد
الفص بمسمار الذهب لانه تبع للفص والعبرة للمتبوع دون التبع كالعلم للثوب
ونحوه واما شد السن المتحركة بالذهب فقد ذكر الكرخي انه يجوز ولم يذكر
خلافا وذكر في الجامع الصغير انه يكره عند ابي حنيفة وعند محمد لا يكره ولو
شدها بالفضة لا يكره بالاجماع وكذا لو جدع انفه فاتخذ انفا من ذهب يكره
بالاتفاق لان الانف ينتن بالفضة فلا بد من اتخاذه من الذهب وكان ضرورة
فسقط اعتبار حرمته وقد روي ان عرفجة اصيبت انفه يوم الكلاب
فاتخذ انفا من ورق فانتن فامره رسول الله صلى الله عليه وسلم ان يتخذ
انفا من ذهب وبهذا الحديث يحتج محمد رحمه الله على ما ذكر في الجامع لجواز
تضبيب السن بالذهب ولانه يباح له ان يشده بالفضة فكذا بالذهب لانهما
في حرمة الاستعمال على السوا ولانه تبع للسن والتبع حكمه حكم الاصل وهذا
يوافق اصل ابي حنيفة رحمة الله عليه وحجته ما ذكر ابو حنيفة في الجامع
اطلاق التحريم من غير فصل ولا ترخص مباشرة المحرم الا لضرورة وهي تندفع
بالادنى وهو الفضة فبقي الذهب على اصل التحريم والاستدلال بالفضة غير سديد

لتفاوت

ليتفاوت بين الحرمتين على ما مر ولو سقط سنه يكره ان ياخذ سن ميت فيشدها مكان الاولى
بالاجماع وكذا يكره ان يعيد تلك السن الساقطة الى مكانها عند ابي حنيفة ومحمد ولكن ياخذ
سن شاة ذكية فيشدها مكانها وقال ابو يوسف لا باس بسنه ويكره سن غيره وقال لا يشبه
سنه بسن ميت استحسن ذلك وبينهما عندي فصل ولكن لم يحضرني ووجه الفصل له من وجهين
احدهما ان سن نفسه جزء منفصل عنه للحال لكنه يحتمل ان يصير متصلا في الثاني بان يلتام
فيشتد بنفسه ويعود الى حاله الاولى واعادة جزء منفصل الى مكانه ليلتيم جائز كما اذا قطع
شيء من عضوه فاعاده الى مكانه فاما سن غيره فلا يحتمل ذلك والثاني ان استعمال جزء
منفصل عن غيره من ادمي اهانة لذلك الغير والادمي بجميع اجزائه مكرم ولا اهانة في استعمال
جزء نفسه في الاعادة الى مكانه وجه قولهما ان السن من الادمي جزء منه فاذا انفصل استحق
الدفن ككله والاعادة صرف له عن جهة الاستحقاق فلا يجوز وهذا لا يوجب الفصل بين
سنه وسن غيره ومنها الفضة لان النص الوارد بتحريم الذهب على الرجال يكون واردا بتحريم
الفضة دلالة فيكره استعمالها للرجل في جميع ما يكره استعمال الذهب فيه الا التختم به
اذا ضرب على صيغة ما يلبسه الرجال ولا يزيد على المثقال لما روينا في حديث النعمان بن بشير
رضي الله عنه وكذا المنطقة وحلية السيف والسكين من الفضة لما مر وما لا يكره استعمال
الذهب فيه لا يكره استعمال الفضة من طريق الاولى لانه اخف حرمة من الذهب وقد ذكرنا
جميع ذلك على الاتفاق والاختلاف فلا نعيده واما التختم بما سوى الذهب والفضة من الحديد
والنحاس والصفر فمكروه للرجال والنسا جميعا لانه زي اهل النار لما روينا من الحديث واما
الاواني المموهة بماء الذهب والفضة الذي لا يخلص منه شيء فلا باس بالانتفاع بها في الاكل والشرب
وغير ذلك بالاجماع وكذا لا باس بالانتفاع بالسرج والركاب والسلاح والسرير والسقف
المموهة لان التمويه ليس بشيء الا ترى انه لا يخلص والله اعلم

كتاب الاراضي

الكلام فيه في موضعين في بيان انواع الاراضي وفي بيان حكم كل نوع منها اما الاراضي في الاصل نوعان
ارض مملوكة وارض مباحة غير مملوكة والمملوكة نوعان عامرة وخراب والمباحة نوعان ايضا نوع هو
من مرافق البلد محتطبا لهم ومرعى لمواشيهم ونوع ليس من مرافقها وهي المسمى بالموات واما بيان حكم كل نوع
منها اما الاراضي المملوكة العامرة فليس لاحد ان يتصرف فيها من غير اذن صاحبها لان عصمة الملك
تمنع من ذلك وكذلك الارض الخراب التي انقطع ماؤها ومضى على ذلك سنون لان الملك فيها
قائم ولو طال الزمان حتى يجوز بيعها واجارتها وتصير ميراثا اذا مات صاحبها الا اذا كانت خرابا
فلا خراج عليها اذ ليس على الخراب خراج الا اذا عطلها صاحبها مع التمكن من الاستنماء فيجب عليه الخراج
واما الكلاء الذي نبت في ارض مملوكة فهو مباح غير مملوك الا اذا قطعه صاحب الارض
واحرزه فيملك هذا جواب ظاهر الرواية عن اصحابنا وقال بعض المتاخرين من مشايخنا انه اذا سقاه

وقام عليه ملكه والاصح جواب ظاهر الرواية لان الاصل فيه هو الاباحة لقوله صلى الله عليه
وسلم الناس شركاء في ثلاث الماء والكلأ والنار والكلأ اسم الحشيش نبت من غير صنع العبد
والشركة العامة هي الاباحة الا اذا قطعه واحرزه لانه استولى على مال مباح غير مملوك فيملكه
كالماء المحوز في الاواني والظروف وسائر المباحات التي هي غير مملوكة لاحد والنار اسم لجوهر محرق
مضيء دائم الحركة علوا وليس لمن اوقدها ان يمنع غيره من الاصطلاء بها لانه صلى الله عليه وسلم
اثبت الشركة فيها فاما الجمر فليس بنار وهو مملوك لصاحبه وله حق المنع كسائر املاكه ولو اراد
احد ان يدخل ملكه لاحتشاش الكلأ فان كان يجد في موضع آخر له ان يمنعه من الدخول وان كان
لا يجد فيقال لصاحب الارض اما ان تأذن له بالدخول واما ان تحتش بنفسك فتدفعه اليه كالماء
الذي في الابار والعيون والحياض التي في الاراضي المملوكة على ما ذكرنا في كتاب الشرب ولو دخل انسان
ارضه بغير اذنه واحتش ليس لصاحبه ان يسترده لانه مباح سبقت يده اليه وكذا في كتاب الشرب
والجواب في الكلأ في البيع والاجارة والهبة والنكاح والخلع والصلح والوصية كالجواب في الشرب لان
كل واحد منهما غير مملوك وقد ذكرنا ذلك كله في الشرب والمروج المملوكة في حكم الكلأ على هذا وكذا
الاجام المملوكة في حكم السمك لان السمك ايضا مباح الاصل لقوله تعالى احل لكم صيد البحر
وطعامه الاية وقوله صلى الله عليه وسلم احلت لنا ميتتان ودمان الحديث فلا يصير مملوكا الا
بالاخذ والاستيلاء كذا ههنا ولو حظر السمك في حظيرة فان كان مما يمكن اخذه بغير صيد
يملكه بنفس الحظر لوجود الاستيلاء واثبات اليد عليه ولهذا لو باعه جاز وان كان لا يمكن
اخذه الا بصيد لا يملكه صاحب الحظيرة لانه ما استولى عليه ولا يملك المباح الا بالاستيلاء
ولهذا لو باعه لا يجوز وعلى هذا سائر المباحات ~~كالطير~~ اذا باضت او فرخت في ارض انسان انه يكون
مباحا ويكون للآخذ لا لصاحب الارض سواء كان صاحب الارض اتخذ له وكرا ام لا وقال بعض
المتأخرين من مشايخنا انه ان كان اتخذ له وكرا يكون ملكا له ويسترده من الآخذ وهذا غير سديد
لقوله صلى الله عليه وسلم الصيد لمن اخذه ولان الملك في المباح انما يثبت بالاستيلاء عليه
والآخذ هو المستولي دون صاحب الارض وان اتخذ له وكرا وكذلك صيد التجاء الى ارض
رجل او داره فهو للآخذ لما قلنا ولو رد صاحب الدار باب الدار عليه بعد الدخول عليه يملكه
ان امكن اخذه بغير صيد لوجود الاستيلاء منه وكذلك لو نصب شبكة فتعقل بها صيد
تعقلا لا خلاص له فهو لصاحب الشبكة سواء كانت الشبكة له او لغيره كمن ارسل بازي
انسان بغير اذنه فاخذ صيدا او اغرى كلبا لانسان على صيد فاخذه كان للمرسل والمغري
لا لصاحبه ولو نصب فسطاطا فجاء صيد فتعقل به فهو للآخذ ووجه الفرق
ان نصب الشبكة وضع لتعقل الصيد ومباشرة السبب الموضوع للشيء اكتساب له واما نصب
الفسطاط فما وضع لذلك بل لغرض آخر فتوقف الملك فيه على الاستيلاء والاخذ

لا يجوز بيعه لان محل البيع مال مملوك وانه لم يثبت عليه ملك احد فلا يجوز اجارته لان الاعيان لا تحتمل الاجارة على ما ذكرنا صح

حقيقة

حقيقة ولو حفر حفيرة فوقع فيها صيد فان كان حفرها لاجتماع الماء فيها فهو للآخذ
لانه بمنزلة الاصطياد وان كان حفرها للاصطياد بها فهو له بمنزلة الشبكة واما
الآجام المملوكة في حكم القصب والحطب فليس لاحد ان يحتطب من اجمة رجل الا باذنه لان
الحطب والقصب مملوكان لصاحب الاجمة ينبتان على ملكه وان لم يوجد الانبات منه اصلا
بخلاف الكلأ في المروج المملوكة لان منفعة الاجمة هي القصب والحطب فكان ذلك مقصودا من ملك
الاجمة فيملك بملكها فاما الكلأ فغير مقصود من المرج المملوك بل المقصود هو الزراعة ولو ان
بقارا رعى بقرا في اجمة مملوكة لانسان فليس له ذلك وهو ضامن لما رعى وافسد من القصب لما ذكرنا
ان منفعة الاجمة القصب والحطب وهما مملوكان لصاحب الاجمة واتلاف مال مملوك لصاحبه
يوجب الضمان بخلاف الكلأ في المروج لانه ينبت على الاباحة دون الملك على ما بينا والدليل على
التفرقة بينهما انه يجوز دفع القصب معاملة ولا يجوز دفع الكلأ معاملة والاصل المحفوظ فيه
ان القصب والحطب يملكان بملك الارض والكلأ لا واما ما لا ينبت عادة الا بصنع العبد كالقت
والقصيل وما بقي من حصاد الزرع ونحو ذلك في ارض مملوكة يكون ملكا لصاحب الارض له
ان يمنع غيره ويجوز بيعه ونحو ذلك لان الانبات بعد ما كسنا فيكون له ولان الاصل ان يكون
المتولد من المملوك مملوكا الا ان الاباحة في بعض الاشياء ثبتت على مخالفة الاصل بالشرع والشرع
ورد بها في اشياء مخصوصة فيقتصر عليها واما ارض الموات فالكلام فيها في مواضع في تفسير الارض
الموات وفي بيان ما يملك الامام من التصرف في الموات وفي بيان ما يثبت به الملك في الموات وما يثبت
به الحق فيه دون الملك وفي بيان حكمه اذا ملك اما الاول فالارض الموات هي ارض خارج البلد
لم يكن ملكا لاحد ولا حقا له خاصا فلا يكون ~~داخل~~ داخل البلد مواتا اصلا وكذا ما كان
خارج البلد من مرافقها محتطبا لاهلها او مرعى لهم لا يكون مواتا حتى لا يملك الامام اقطاعها
لان ما كان من مرافق اهل البلد فهو حق اهل البلد كفناء دارهم وفي الاقطاع ابطال حقهم
وكذلك ارض الملح والقير والنفط ونحوها مما لا يستغنى عنه المسلمون لا يكون ارض موات
حتى لا يجوز للامام ان يقطعها لاحد لانها حق عامة المسلمين وفي الاقطاع ابطال
حقهم وانه لا يجوز وهل يشترط ان يكون بعيدا من العمران شرطه الطحاوي فانه قال
وما قرب من العامر فليس بموات وكذا روي عن ابي يوسف ان ارض الموات بقعة لو وقف
على ادناها من العامر رجل فنادى باعلى صوته لم يسمع من العامر وفي ظاهر الرواية ليس
بشرط حتى ان بحرا قريبا من البلد جزر ماؤه او اجمة عظيمة لم يكن ملكا لاحد يكون ارض موات
في ظاهر الرواية وعلى قياس قول ابي يوسف وقول الطحاوي لا يكون والصحيح جواب ظاهر
الرواية لان الموات اسم لما لا ينتفع به فاذا لم يكن ملكا لاحد ولا حقا خاصا لم يكن منتفعا
به فكان مواتا بعيدا كان من البلد او قريبا منها واما بيان ما يملك الامام من التصرف في الموات

الاجمة اوريمان

المرج مرعى الدواب

هي رطبة يابسة

فيملكه صح

والقار صح

الاجمة صح

الاجمة بالتحريك موضع مرتفع وبا قطعة غليظة

المسلمين صح

فالامام يملك اقطاع الموات لان اقطاع الموات من مصالح لما فيه من عمارة البلاد والتصرف
فيما يتعلق بمصالح المسلمين ككرى الانهار العظام واصلاح قناطرها ونحو ذلك ولو قطع
الامام الموات انسانا فتركه ولم يعمره لا يتعرض له الى ثلاث سنين فاذا مضت ثلاث
سنين فقد عاد مواتا كما كان وله ان يقطعه غيره لقوله صلى الله عليه وسلم ليس للمتحجر بعد
ثلاث سنين حق ولان الثلاث سنين مدة لابداء الاعذار فان امسكها ثلاث سنين
ولم يعمرها دل ذلك انه لا يريد عمارتها بل تعطيلها فبطل حقه وتعود الى حالها مواتا فكان
للامام ان يعطيها غيره واما بيان ما يثبت به الملك في الموات وما لا يثبت ويثبت به الحق
فنقول الملك في الموات يثبت بالاحياء باذن الامام عند ابي حنيفة وعندهما يثبت بنفس
الاحياء واذن الامام عند ابي حنيفة وعندهما ثبت ليس بشرط لهما قوله صلى الله عليه
وسلم من احيا ارضا ميتة فهي له وليس لعرق ظالم فيه حق اثبت الملك للمحيي من غير شريطة
اذن الامام ولانه مباح مستولى عليه فيملكه بدون اذن الامام كما لو اخذ صيدا او حشيش
كلا وقوله وليس لعرق ظالم حق روي منونا ومضافا فالمنون ان تنبت عروقا اشجار انسان
في ارض غيره والمضاف هو ان يزرع انسان في ارض غيره زرعا بغير اذنه فلصاحب الارض
قلعه حشيشا ولابي حنيفة قوله صلى الله عليه وسلم ليس للمرء الا ما طابت به نفس
امامه فاذا لم ياذن فلم تطب نفسه به فلا يكون له والدليل على انه غنيمة ولان الموات
غنيمة فلا بد للاختصاص به من اذن الامام كسائر الغنائم والدليل على انه غنيمة
ان الغنيمة اسم لما اصيب من اهل الحرب بايجاف الخيل والركاب والموات كذلك لان
الاراضي كلها كانت تحت ايدي اهل الحرب استولى عليها المسلمون عنوة وقهرا فكانت
كلها غنائم فلا يختص بعض المسلمين بشيء منها الا باذن الامام كسائر الغنائم بخلاف الصيد
والحطب والكلا لانها لم تكن في يد اهل الحرب فجاز ان يملك بنفس الاستيلاء واثبات
اليد عليها واما الحديث فيحتمل انه يصير به شرعا ويحتمل انه اذن جماعة باحياء الموات بذلك
النظم ونحن نقول بموجبه فلا يكون حجة مع الاحتمال فنظيره قوله صلى الله عليه وسلم
من قتل قتيلا فله سلبه حتى لم يصح الاحتجاج به في ايجاب السلب للقاتل على ما ذكرنا في السير
ولو حجر الارض الموات لا يملكها بالاجماع لان الموات يملك بالاحياء والتحجير ليس باحياء لانه
عبارة عن وضع احجار او خطوطها يريد ان يحجر غيره عن الاستيلاء عليها وشيء من ذلك
ليس باحياء فلا يملكها ولكن صار احق بها من غيره حتى لم يكن لغيره ان يزعجه لانه سبقت
يده عليه والسبق من اسباب الترجيح في الجملة قال صلى الله عليه وسلم منى مناخ من سبق
وعلى هذا المسافر اذا نزل بارض مباحة او رباط صار احق بها ولم يكن لمن يجيء بعده
ان يزعجه عنها واذا صار احق بها فلا يقطعها الامام غيره الا اذا عطلها المتحجر

او يحمل ذلك على حال الاذن توفيقا بين الدلائل ويملك الذمي بالاحيا كما يملك المسلم لعموم الحديث صح

ثلاث سنين على ما بينا واما حكم الارض الموات فيختص بها حكمان احدهما حكم الحريم
والثاني حكم الوظيفة من العشر والخراج اما الاول فالكلام فيه في موضعين
احدهما في اصل الحريم والثاني في قدره اما اصله فنقول لا خلاف في ان من حفر
بئرا في ارض الموات تكون لها حريم حتى لو اراد احد ان يحفر في حريمها له ان يمنعه
لانه صلى الله عليه وسلم جعل للبئر حريما وكذا العين لها حريم بالاجماع لان
النبي صلى الله عليه وسلم جعل لها ايضا حريما واما النهر فقد ذكرنا الخلاف فيه
من قبل واما الكلام في تقدير الحريم فحريم العين خمسمائة ذراع بالاجماع لقوله
صلى الله عليه وسلم حريم العين خمسمائة ذراع وحريم بئر العطن اربعون ذراعا
بالاجماع لقوله صلى الله عليه وسلم حريم بئر الناضح ستون ذراعا ولابي حنيفة
ان الملك في الموات ثبت بالاحيا باذن الامام او بغير اذنه ولم يوجد منه احيا الحريم
وكذا اذن الامام لم يتناول الحريم مقصودا الا ان دخول الحريم لحاجة البئر اليه
وحاجة بئر الناضح تندفع باربعين ذراعا من كل جانب لحاجة العطن فبقي الزيادة على
ذلك على حكم الموات بعدم الاحيا والاذن والحديث يحتمل انه قال ذلك في بئر خاص
وللامام ولاية ذلك واما حريم النهر فاختلف ابو يوسف ومحمد في تقديره فعند
ابي يوسف هو قدر نصف بطن النهر من كل جانب النصف من هذا الجانب والنصف من ذلك
الجانب وعند محمد قدر جميع بطن النهر من كل جانب قدر جميعه واما النهر اذا حفر في ارض
الموات فمنهم من ذكر الخلاف فيه بين ابي حنيفة وصاحبيه والصحيح ان له حريما بلا خلاف لما قلنا
من قبل واما حكم الوظيفة فان احياها مسلم قال ابو يوسف ان كانت من حيز ارض العشر
فهي عشرية وان كانت من حيز ارض الخراج فهي خراجية وقال محمد ان احياها بماء العشر
فهي عشرية وان احياها بماء الخراج فهي خراجية وان احياها ذمي فهي خراجية كيف
ما كان بالاجماع وهي من مسائل كتاب العشر والخراج

كتاب الشرب

الكلام فيه في مواضع في بيان معنى الشرب لغة وشرعا وفي بيان انواع المياه وفي بيان حكم
كل نوع منها اما الاول فالشرب في اللغة عبارة عن الحظ والنصيب من الماء قال الله تعالى
لها شرب ولكم شرب يوم معلوم وفي الاية دليل على جواز قسمة الشرب
بالايام لان الله تعالى اخبر عن نبيه صالح عليه السلام انه قبل ذلك ولم يعقبه نسخ فصار
شريعة لنا مبتداة وبه استدل محمد في كتاب الشرب لجواز قسمة الشرب بالايام وفي
عرف الشرع عبارة عن حق الشرب والسقي واما بيان انواع المياه فنقول المياه اربعة
انواع احدها الماء الذي يكون في الاواني والظروف والثاني الماء الذي يكون في الابار
والحياض والعيون والثالث ماء الانهار الصغار الذي يكون لاقوام مخصوصين والرابع

بئر العطن اربعون ذراعا حريم بئر الناضح فقد اختلف عند ابي حنيفة اربعون ذراعا ستون ذراعا احتجا بقوله عليه وسلم وحريم صح

الانهار العظام كجيحون وسيحون ودجله والفرات ونحوها واما بيان كل حكم من هذه
المياه اما الذى يكون فى الاوانى والظروف فمملوك لصاحبه لا حق لغيره لان الماء وان كان
مباحا فى الاصل لكن المباح يملك بالاستيلاء اذا لم يكن مملوكا لغيره كما لو استولى
على الحشيش والحطب والصيد فيجوز بيعه كما يجوز بيع هذه الاشياء وكذا السقاؤن
يبيعون المياه المحرزة فى الظروف به جرت العادة فى جميع الامصار وفى سائر الاعصار
من غير نكير ولا يحل لاحد ان ياخذ منه فيشرب بغير اذنه ولو خاف الهلاك على نفسه
عطشا فسأله فمنعه فان لم يكن عنده فضل فليس له ان يقاتله اصلا لان فيه دفع الهلاك
عن نفسه باهلاك غيره ممن لا يقصد هلاكه وانه لا يجوز وان كان عنده فضل
ماء عن حاجته فله ان يقاتله ليأخذ منه الفضل لكن بما دون السلاح كما لو اصابته مخمصة
وعند صاحبه فضل طعام فسأله فمنعه وهو لا يجد غيره واما الماء الذى يكون فى الحياض
والابار والعيون فليس بمملوك لصاحبه بل هو مباح فى نفسه سواء كان فى ارض مباحه
او مملوكة لكن له حق خاص فيه لان الماء فى الاصل خلق مباحا لقوله صلى الله عليه وسلم
الناس شركاء فى ثلاث فى الماء والكلأ والنار والشركة العامة تقتضى الاباحة الا انه
اذا احرزه فى وعائه فقد استولى عليه وهو غير مملوك لاحد فيصير مملوكا للمستولى كما فى
سائر المباحات الغير المملوكة واذا لم يوجد ذلك بقى على الاصل الاباحة الثابتة بالشرع
فلا يجوز بيعه لان محل البيع هو المال المملوك وليس له ان يمنع الناس من الشفة وهو الشراب
بانفسهم وسقى دوابهم منه لانه مباح لهم وقد نهى صلى الله عليه وسلم عن بيع البئر وهو فضل
ماؤها الذى يخرج منها فلهم ان يستقوا منها لشفاههم ودوابهم واما لزروعهم واشجارهم فله
ان يمنع من ذلك لما فى الاطلاق من ابطال حقه اصلا الا انه اذا كان ذلك فى ارض
مملوكة فلصاحبها ان يمنعهم من الدخول فى ارضه اذا لم يضطروا اليه بان وجدوا غيره
لان الدخول اضرار به من غير ضرورة فله ان يدفع الضرر عن نفسه وان اضطروا اليه
اليه بان لم يجدوا غيره وخافوا الهلاك يقال له اما ان تاذن بالدخول واما ان تعطى
بنفسك فان لم يعطهم ومنعهم من الدخول لهم ان يقاتلوه بالسلاح ليأخذوا قدر ما
يندفع به الهلاك عنهم والاصل فيه ما روى ان قوما وردوا ماء فسألوا اهله ان يدلوهم
على البئر فابوا وسألوهم ان يعطوهم دلوا فابوا فقالوا لهم ان اعناقنا واعناق مطايانا كادت
تقطع فابوا فذكروا ذلك لعمر رضى الله عنه فقال هلا وضعتم فيهم السلاح بخلاف الماء
المحرز فى الاوانى والطعام حال المخمصة لان الماء هناك مملوك لصاحبه واما الطعام
فلا بد من مراعاة حرمة الملك لحرمة القتال بالسلاح ولا ملك هنا بل هو على الاباحة الاصلية
على ما بينا فاذا منعه احد ماله حق اخذه قاتله بالسلاح كما اذا منعه ماله المملوك واما الماء

الذى

الذى يكون فى الانهار التى يكون لاقوام مخصوصين فيتعلق به احكام بعضها يرجع الى نفس
الماء وبعضها يرجع الى الشرب وبعضها يرجع الى النهر اما الذى يرجع الى نفس الماء فهو انه
غير مملوك لاحد لما ذكرنا ان الماء خلق مباحا فى الاصل بالنص وانما يأخذ حكم الملك بالاحراز
فى الاوانى فلا يجوز بيعه لعدم الملك ولو قال رجل سقنى يوما من نهرك على ان اسقيك
يوما من نهرى لا يجوز لان هذا مبادلة الماء بالماء فيكون بيعا او اجارة الشرب بالشرب
وكل ذلك لا يجوز ولا يجوز اجارته لان الاجارة تمليك المنفعة لا تمليك العين ولان
العين بمنافعها ليست مملوكة ولو استأجر حوضا او بئرا ليستقى منهما لا يجوز لان هذا
استئجار الماء وكذا لو استأجر النهر ليصيد منه سمكا لان هذا استئجار السمك وكذا لو
استأجر اجمة ليحتطب لان هذا استئجار الحطب والاعيان لا تحتمل الاجارة وليس لصاحب
النهر ان يمنع من الشفة وهو شرب الناس والدواب وله ان يمنع من سقى الزروع والشجر
لان له فيه حقا خاصا وفى اطلاق السقى ابطال حقه لان كل احد يتبادر اليه فيسقى منه
زرعه واشجاره فيبطل حقه اصلا ولو اذن بالسقى والنهر خاص له جاز لانه
ابطل حق نفسه واما الذى يرجع الى الشرب فهو انه لا يجوز بيعه مفردا بان باع
شرب يوم او اكثر لانه عبارة عن حق الشرب والسقى والحقوق لا تحتمل الافراد بالبيع
والشراء ولو اشترى دارا او عبدا وقبضها لزمه رد الدار والعبد لانه مقبوض بحكم
عقد فاسد فكان واجب الرد كما فى سائر البياعات الفاسدة ولا شئ على البايع بما انتفع
من الشرب ولو باع الارض مع الشرب جاز تبعا للارض ويجوز ان يجعل الشئ تبعا لغيره
ولو كان لا يجعل مقصودا بنفسه كاطراف الحيوان ولا يدخل الشرب فى بيع الارض الا
بالتسمية صريحا او بذكر ما يدل عليها بان يقول بعتها بحقوقها وبمرافقها او كل قليل وكثير
هو لها داخل فيها وخارج عنها من حقوقها فان لم يذكر شيئا من ذلك لا يدخل لان اسم
الارض بصيغته وحروفه لا يدل على الشرب ولا يجوز اجارته مفردا الا ان الحقوق
لا تحتمل الاجارة على الانفراد كما لا تحتمل البيع وكذلك لو جعل اجرة فى اجارة الدار
والعبد ونحو ذلك لا يجوز لان الاجرة فى باب الاجارة كالثمن فى باب البيع وانه لا يصلح
ثمنا فى البياعات فلا يصلح اجرة فى الاجارات ولو انتفع بالدار والعبد لزمه اجرة
مثله لانه استوفى منفعة المعقود عليه عقدا فاسدا فيلزمه اجر المثل كما فى سائر الاجارات
الفاسدة ولو استأجر الارض مع الشرب جاز تبعا للارض كما فى البيع لما ذكرنا ولو استأجر
ارضا ولم يذكر الشرب والمسيل اصلا فالقياس ان لا يكون له الشرب والمسيل كما فى البيع
وفى الاستحسان كان له ويدخل فى اجارة الارض من غير تسمية نصا لوجود دلالة
لان الاجارة تمليك المنفعة بعوض ولا يمكن الانتفاع بالارض بدون الشرب فيصير الشرب

مذكورا بذكر الارض دلالة بخلاف البيع لان البيع تمليك العين والعين تحتمل التمليك بدونه
ولا يجوز هبة والتصدق به لان كل واحد منهما تمليك والحقوق المفردة لا تحتمل
التمليك ولا يجوز الصلح عليه بان صالح من دعوى على شرب سواء كان دعوى
المال او الحق من القصاص في النفس وما دونه لان الصلح في معنى البيع الا انه يسقط
ويكون كناية عن العفو على ما ذكرنا في كتاب الصلح ولان صورة الصلح اورثت شبهة
والقصاص لا يستوفى مع الشبهات ويجب على القاتل والجارح الدية وارش الجراحة
ولا يصلح تسميته في باب النكاح بان يزوج امرأة عليه وعلى الزوج مهر المثل لان النكاح
تصرف تمليك وانه لا يحتمل التمليك واذا لم يصح التسمية يجب العوض الاصلي وهو مهر
المثل ولا يصح تسميته في الخلع بان اختلعت المرأة من نفسها عليه وعليها رد المأخوذ من
المهر لان تسميته في معرض التمليك ان لم يصح فهو مال لكونه مرغوبا فيه فمن حيث انه
لم يحتمل التمليك لم يصح بدل الخلع ومن حيث هو مال مرغوب فيه في نفسه لم يبطل ذكره
اصلا فيظهر في حق وجوب رد المأخوذ وهو اصل محفوظ في باب الخلع انه متى
تعذر تسليم البدل وهو مال مرغوب في نفسه يجب عليها رد المأخوذ من المهر ويورث
لان الارث لا يقف على الملك لا محالة بل يثبت في الحق المالي كما يثبت في الملك كخيار
العيب ونحو ذلك ويوصى به حتى لو اوصى لرجل ان يسقي ارضه مدة معلومة من شربه
جازت الوصية ويعتبر من الثلث لان الوصية وان كانت تمليكا لكنها تمليك بعد
الموت الا ترى ان الموصى له لا يملك الموصى به للحال وانما يملكه بعد الموت فاشبه الميراث
واذا احتمل الارث احتمل الوصية التي هي اخت الميراث واذا مات الموصى له يبطل الوصية
حتى لا يصير ميراثا فكذا الوصية بالشرب ولو اوصى ان يتصدق بالشرب على المساكين
لم يصح لانه لما لم يحتمل التمليك بالتصدق استوى فيه الحال والاضافة الى ما بعد
الموت بالوصية ويسقي كل واحد من الشركاء على قدر الشرب ولو ولا بينة لاحدهم يحكم
الاراضي فيكون الشرب بينهم على قدر اراضيهم ولا يعتبر على عدد الرؤس بخلاف
الجماعة اذا اختلفوا في طريق مشترك بينهم انه لا يحكم فيه سعة الدار بل يعتبر فيه
عدد الرؤس وانما كان كذلك لاختلاف المقصود فان المقصود من الشرب هو السقي
والسقي يختلف باختلاف الاراضي والمقصود من الطريق هو المرور وانه لا يختلف باختلاف
الدور ولو كان الاعلى منهم لا يشرب ما لم يسكر النهر عن الاسفل بان كانت ارضه
ربوة لم يكن له ذلك ولكن يشرب بحصته لان في سكر النهر لشربه الاعلى منع الاسفل
من الشرب وهذا لا يجوز الا اذا تراضوا على ان يسكر كل في نوبته فيجوز ولو اراد احد الشركاء
ان ينصب على النهر المشترك رحى او دالية او سانية نظر في ذلك فان كان لا يضر

القصاص صح

لو رتبا الموصى له لان الشرب ليس بعين مال بل هو حق مالي فاشبه الخدمة ثم الوصية بالخدمة تبطل بموت الموصى له فلا يصير ميراثا مع

اختلفوا في قدر شرب صح

بالشرب

بالشرب وبالنهر وكان موضع البناء ارض صاحبه جاز والا فلا لان رقبة النهر وموضع
البناء ملك بين الجماعة على الشركة وحق الكل متعلق بالماء ولا سبيل الى التصرف في الملك
المشترك والحق المشترك الا برضا الشركاء واما الذي يرجع الى النهر فالاصل فيه ان
النهر الخاص لجماعة لا يملك احدهم التصرف فيه من غير رضا الباقين سواء اضر بهم التصرف
اولا لان رقبة النهر مملوكة لهم وحرمة التصرف في المملوك لا يقف على الاضرار بالمالك
حتى لو اراد واحد من الشركاء ان يحفر نهرا اصغر من النهر المشترك فيسوق الماء الى ارض
احياها ليس لها منه شرب ليس له ذلك الا برضاهم لان الحفر تصرف في محل مملوك
على الشركة من غير رضا الشركاء ~~ليس له ذلك وان كان هذا الذي يأخذ الماء~~
~~من النهر الاعظم فاراد واحد منهم ان يزيد فيها ة من غير رضا الشركاء~~ فيمنع عنه وكذلك
ان كان هذا النهر الذي يأخذ الماء من النهر ليس له ذلك وان كان ذلك لا يضر بهم لان ذلك تصرف
في النهر باجراء زيادة ماء فيه من غير رضا الشركاء فيمنع عنه ولو اراد ان ينصب عليه رحى
فان كان موضع البناء مملوكا له والماء يدير الرحى على سننه له ذلك وان كان موضع البناء مشتركا
او يقع الحاجة الى تغيير الماء ثم الاعادة ليس له ذلك لما فيه من الضرر بالشركاء بتأخير وصول
حقهم اليهم بالتغيير كما اذا احفر نهرا في ارضه واراد ان يعرج الماء اليه ثم يعيده الى النهر وكذلك
لو اراد احدهم ان ينصب دالية او سانية فهو على هذا التفصيل وليس لاحدهم ان يصنع قنطرة
على هذا النهر من غير رضاهم لان القنطرة تصرف في حافتي النهر وفي هواه وكل ذلك مشترك
ولو كان النهر بين شريكين له خمس كوى من النهر الاعظم ولاحد الشريكين ارض في اعلى النهر
وللآخر ارض في اسفله فاراد صاحب الاعلى ان يسد شيئا من تلك الكوى لما يدخل من الضرر
في ارضه ليس له ذلك الا برضا شريكه لانه يتضرر به شريكه فلا يجوز له دفع الضرر
عن نفسه باضرار غيره وان اراد ان يتهايا حتى يسد في حصته ما بدا له لم يكن له ذلك الا برضاء
الشريك لما قلنا وان تراضيا على ذلك زمانا ثم بدا لصاحب الاسفل ان ينقض فله ذلك لان
المراضاة على ما لا يحتمل التمليك يكون مهاياة وانها غير لازمة ولو كان النهر بين رجلين له كوى
فاضاف رجل اجنبي اليها كوة وحفر نهرا منها الى ارضه برضا منهما ومضيا على ذلك زمانا ثم
بدا لاحدهما ان ينقض فله ذلك لان العارية لا يكون لازمة وكذلك لو ماتا كان لورثتهما ان
ينقضوا ذلك لما قلنا ولو كان نهر بين جماعة يأخذ الماء من النهر الاعظم ولكل رجل نهر من هذا
النهر فمنهم من له كوتان ومنهم من له ثلاث كوى فقال صاحب الاسفل لصاحب الاعلى انكم
تأخذون اكثر من نصيبكم لان دفعة الماء وكثرته في اول النهر ولا يأتينا الا وهو قليل فارادوا
المهاياة اياما معلومة فليس لهم ذلك ويترك الماء والنهر على حاله لان ملكهم في رقبة
النهر لا في نفس الماء ولو اراد واحد منهم ان يوسع فوهة نهره لم يكن له ذلك لانه يدخل

الاعظم فاراد واحد منهم ان يزيد فيها كوة بغير رضاء الشركاء صح

والله جوانك دوندرديكي دولاب

رجلين

ما شاء

كوة

لان الكرى يشق

فيها الما زايدا على حقه فلا يملك ذلك ولو حفر في اسفل النهر جاز ولو زاد على عرضه
لا يجوز لانه من حقوق النهر فيملكه بملك النهر بخلاف الزيادة في العرض ولو كان
نهر يأخذ الماء من النهر الاعظم بين قوم فخافوا ان ينشق فارادوا ان يحصنوه فامتنع
بعضهم من ذلك فان كان ذلك ضررا عاما يجبرون على ان يحصنونه بالحصص وان لم يكن
فيه ضرر عام لا يجبرون عليه لان الانتفاع بالنهر فكان الجبر على التحصيص جبرا عليه
لزيادة الانتفاع بالنهر وهذا لا يجوز ولو كان نهرا لرجل ملاصقا لارض رجل فاختلف
صاحب الارض والنهر في مسناة في المسناة لصاحب الارض عند ابي حنيفة له ان يغرس فيها ويلقي
فيها طينه ولكن ليس له ان يهدمها وعندهما المسناة لصاحب النهر حريما لنهره وله ان يغرس
عليها ويلقي عليها طينه ويجتاز فيها وان لم يكن ملاصقا بل كان بين الارض والنهر حايل من حايط
ونحوه كانت المسناة لصاحب النهر بالاجماع بعض مشايخنا بنوا هذا الاختلاف على ان النهر
هل له حريم ام لا بان حفر رجل نهرا في ارض موات باذن الامام عند ابي حنيفة لا حريم له
وعندهما له حريم ووجه البناء عليه انه لما لم يكن للنهر حريم عند ابي حنيفة كان الظاهر
شاهدا لصاحب الارض فيكون القول قوله ولما كان له حريم عندهما كان الظاهر شاهدا
لصاحب النهر فيكون القول قوله وبعضهم لم يصححوا البنا عليه وقالوا لا خلاف في ان
للنهر حريما في ارض الموات لان للبير والعين حريما فيها بالاجماع وقد روي ان النبي صلى الله
عليه وسلم جعل لهما حريما لحاجتهما الى الحريم لتعذر الانتفاع بهما بدون الحريم وحاجة
النهر الى الحريم كحاجة البير والعين بل اشد فكان جعل الشرع للبير والعين حريما جعلا
منه للنهر من طريق الاولى دل ان البناء على هذا الاصل غير صحيح فكان هذا خلافا
مبتدا وجه قولهما انه لما كان للنهر حريم بالاتفاق كان الظاهر شاهدا لصاحب النهر
فيجب العمل بالظاهر حتى يقوم الدليل بخلافه ولهذا كان القول قول صاحب النهر والعين
عند الاختلاف كذا هذا وجه قول ابي حنيفة ان المسناة اذا كانت مستوية بالارض
فالظاهر انها ملك صاحب الارض اذ لو كانت حريما للنهر لكانت مرتفعة لكونها ملقى
طينه فكان الظاهر شاهدا لصاحب الارض الا انه لا يملك هدمها لتعلق حق صاحب النهر بها
وفي الهدم ابطاله ويجوز ان يمنع الانسان من التصرف في ملكه لتعلق حق الغير به كحايط
الانسان عليه جذوع لغيره فاراد هدم الحايط يمنع منه كذا هذا ثم كري النهر المشترك
على اصحابه وليس على اصحاب الشفة في الكرى شي لان هذا من حقوق الملك ولا ملك لاهل
الشفة في رقبة النهر بل لهم حق شرب الماء وسقي الدواب فقط واختلف في كيفية الكرى
عليهم قال ابو حنيفة عليهم ان يكروا من اعلاه فاذا جاوزوا ارض رجل دفع عنه
فكان الكرى على من بقي وقال ابو يوسف ومحمد الكرى عليهم جميعا من اوله الى اخره بحصص

الشرب والاراضي حتى ان النهر لو كان بين عشرة انفس اراضيهم عليه كان كري فوهة
النهر الى ان يجاوز شربا ولهم بينهم على عشرة اسهم على كل واحد منهم العشر فاذا جاوزوا شرب
واحد منهم سقط عنه الكرى وكان على الباقين على تسعة اسهم فاذا جاوزوا شرب الثاني سقط
عنه الكرى وكان على الباقين على ثمانية اسهم هكذا وهذا عند ابي حنيفة واما عندهما فالكرى
بينهم على عشرة اسهم من اعلى النهر الى اسفله وجه قولهما ان لصاحب الاعلى منفعة في الاسفل
لانه مسيل مايه كما ان لصاحب الاسفل منفعة في الاعلى ثم كري الاعلى مشترك بين الكل
فكذا كري الاسفل لابي حنيفة ان الكرى من حقوق الملك والملك في الاعلى مشترك بين
الكل من فوهة النهر الى شربا ولهم فكان مؤنته عليهم جميعا فاما ما بعده فلا ملك لصاحب
الاعلى فيه وانما له حق وهو حق تسييل الماء فيه فكانت مؤنته على صاحب الملك لا على
صاحب الحق ولهذا كانت مؤنة الكرى على اصحاب النهر وليس على اصحاب الشفة شي
لان الملك لاصحاب النهر وانما لاهل الشفة حق الشرب وسقي الدواب فحسب كذا وكل
من كان له مسيل على سطح مملوك لغيره كانت عمارته على مالك السطح لا عليه لما قلنا كذا
هذا واما الانهار العظام كسيحون وجيحون ودجلة والفرات ونحوها فلا ملك لاحد
فيها ولا في رقبة النهر وكذا ليس لاحد حق خاص فيها ولا في الشرب بل هو حق عامة
المسلمين فلكل احد ان ينتفع بهذه الانهار بالشفة والسقي وشق نهر منها الى ارضه بان احيا
ارضا ميتة باذن الامام له ان يشق لها نهرا من هذه الانهار وليس للامام ولا لغيره
ان يمنعه اذا لم يضر بالنهر وكذلك له ان ينصب عليها رحا ودالية وسانية اذا لم
يكن فيها ضرر بالنهر لان هذه الانهار لم يدخل تحت يد احد فلا يثبت الاختصاص بها
لاحد فكان الناس كلهم فيها شركا على السوا فكان كل واحد بسبيل من الانتفاع
لكن بشريطة عدم الضرر بالنهر كالانتفاع بطريق العامة فان اضر بالنهر فلكل
واحد من المسلمين منعه لما بينا انه حق عامة المسلمين واباحة التصرف في حقهم مشروطة
بشريطة انتفاء الضرر كالتصرف في الطريق الاعظم وسيل ابو يوسف عن نهر مرو وهو
نهر عظيم اتخذ رجل ارضا كانت مواتا فحفر لها نهرا فوق مرو من موضع ليس يملكه احد
فساق الماء اليها من ذلك النهر فقال ابو يوسف ان كان يدخل على اهل مرو ضرر بين في مايهم
فليس له ذلك وان كان لا يضرهم له ذلك ليس لهم ان يمنعوه لما قلنا وسيل ايضا اذا كان
لرجل من هذا النهر كوى معروفة هل له ان يزيد فيها فقال ان زاد في ملكه وذلك لا يضر
باهل النهر فله ذلك ولو كان نهر خاص لقوم ياخذ الماء من هذا النهر فاراد واحد منهم ان يزيد
كوة لم يكن له ذلك وان كان لا يضر بالنهر ووجه الفرق ان الزيادة في الفصل الاول تصرف
في ملك مشترك وهو زيادة الماء في النهر والتصرف في الملك المشترك لا يقف حرمته على

في حق مشترك بين العامة وحرمته على التصرف في الحقوق العامة لا يثبت الا بثبوت الضرر والزيادة في الفصل الثاني تصرف صح

الضرر بالملك فهو الفرق ولو جزى ماء هذه الانهار العظام عن ارضه فليس لمن يليها ان يضمها الى ارضه بنفسه لانه يحتمل ان يعود ماؤها الى مكانه ولا يجد اليها سبيلا ويحمل على جانب آخر فيتضرر حتى لو امن العود او كان بازائها من الجانب الآخر ارض موات لا يستضر بحمل الماء عليه فله ذلك ويملكه اذا احياه باذن الامام او بغير اذنه على الاختلاف فالذي يأتي في موضعه واذا احتاجت هذه الانهار الى الكرى فعلى السلطان كريها من بيت المال لان منفعتها لعامة المسلمين فكانت مؤنتها في بيت مالهم لقوله صلى الله عليه وسلم الخراج بالضمان وكذا اذا خيف منها الغرق فعلى السلطان كريها من بيت المال اصلاح مسناتها من بيت المال والله اعلم بالصواب

كتاب الاشربة قال رحمه الله تعالى الكلام في هذا الكتاب في مواضع في بيان اسماء الاشربة المعروفة المسكرة وفي بيان معانيها وفي بيان احكامها وفي بيان حد السكر اما اسماؤها فالخمر والسكر والفضيخ ونقيع الزبيب والطلاء والباذق والمنصف والمثلث والجمهوري وقد يسمى ابو يوسفيا والخليطان والمزر والجعة والبتع واما بيان معاني هذه الاسماء اما الخمر فهو اسم للنيء من ماء العنب اذا غلا واشتد وقذف بالزبد وهذا عند ابي حنيفة وعند ابي يوسف ومحمد ماء العنب اذا غلا واشتد فقد صار خمرا ويترتب عليه احكام الخمر قذف بالزبد او لم يقذف به وجه قولهما ان الركن فيها معنى الاسكار وذا يحصل بدون القذف بالزبد ووجه قول ابي حنيفة ان معنى الاسكار لا يتكامل الا بالقذف بالزبد فلا يصير خمرا بدونه واما السكر فهو اسم للنيء من ماء الرطب اذا غلا واشتد وقذف بالزبد او لم يقذف على الاختلاف واما الفضيخ فهو اسم للنيء من ماء البسر المفضوخ وهو المدقوق اذا غلا واشتد وقذف بالزبد او لم يقذف على الاختلاف واما نقيع الزبيب فهو اسم للنيء من ماء الزبيب المنقوع في الماء حتى خرجت حلاوته اليه واشتد وقذف بالزبد او لا على الاختلاف واما الطلاء فهو اسم للمطبوخ من ماء العنب اذا ذهب اقل من الثلثين وصار مسكرا ويدخل تحته الباذق والمنصف لان الباذق هو المطبوخ ادنى طبخة من ماء العنب والمنصف هو المطبوخ من ماء العنب اذا ذهب نصفه وبقي النصف وقيل الطلاء هو المثلث وهو المطبوخ من ماء العنب حتى ذهب ثلثاه وبقي ثلثه وصار معتقا مسكرا واما الجمهوري فهو المثلث يصب فيه الماء بعد ما ذهب ثلثاه بالطبخ قدر الذاهب وهو الثلثان ثم يطبخ ادنى طبخة ويصير مسكرا واما الخليطان فهو التمر والزبيب او البسر والرطب اذا خلطا ونبذا حتى غليا واشتدا واما المزر فهو اسم لنبيذ الذرة اذا صار مسكرا واما الجعة فهو اسم لنبيذ الحنطة والشعير اذا صار مسكرا واما البتع فهو اسم لنبيذ العسل اذا صار مسكرا هذا بيان معاني هذه الاشربة واما بيان احكامها اما الخمر فيتعلق بها احكام منها انه يحرم شرب قليلها وكثيرها الا عند الضرورة لانها محرمة العين فيستوي في الحرمة

قليلها

قليلها وكثيرها والدليل على انها محرمة العين قوله تعالى رجس من عمل الشيطان وصف الخمر بكونها رجسا وغير المحرم لا يوصف به فهذا يدل على كونها محرمة في نفسها وقوله تعالى انما يريد الشيطان ان يوقع بينكم العداوة والبغضاء الآية يدل على حرمة السكر فحرمت عينها والسكر منها وقال صلى الله عليه وسلم حرمت الخمر لعينها قليلها وكثيرها والسكر من كل شراب الا انه رخص شربها عند ضرورة العطش والاكراه قدر ما يندفع به الضرورة ولان حرمة قليلها ثبت بالشرع المحض فاحتمل السقوط بالضرورة كحرمة الميتة ونحو ذلك وكذا لا يجوز الانتفاع بها للمداواة وغيرها لان الله تعالى لم يجعل شفاءنا فيما حرم علينا ويحرم على الرجل ان يسقي الصغير الخمر واذا سقاه فالاثم عليه دون الصغير لان خطاب التحريم لم يتناوله ومنها انه يكفر مستحلها لان حرمتها ثبتت بدليل مقطوع به وهو نص الكتاب فكان منكر الحرمة منكر الكتاب ومنها انه يحد شاربها شرب قليلا او كثيرا لاجماع الصحابة على ذلك ولو شرب خمرا ممزوجا بالماء ان كانت الغلبة للخمر يجب الحد وان غلب الماء عليها حتى زال طعمها وريحها لا يجب لان الغلبة اذا كانت للخمر فقد بقي اسم الخمر ومعناها واذا كانت الغلبة للماء فقد زال الاسم والمعنى الا انه يحرم شرب الماء الممزوج بالخمر لما فيه من اجزاء الخمر حقيقة وكذا يحرم شرب الخمر المطبوخ لان الطبخ لا يحل حراما ولو شربها يجب الحد لبقاء الاسم والمعنى بعد الطبخ ولو شرب دردي الخمر لا حد عليه الا اذا سكر لانه لا يسمى خمرا ومعنى الخمرية ناقص فيه لكونه مخلوطا بغيره فاشبه المنصف واذا سكر منه يجب حد السكر كما في المنصف ويحرم شربه لما فيه من اجزاء الخمر ومن وجد منه رائحة الخمر او قاء خمرا لا حد عليه لانه يحتمل انه شربها مكرها فلا يجب مع الاحتمال ولا حد على اهل الذمة وان سكروا من الخمر لانها حلال عندهم وعن الحسن بن زياد انهم يحدون اذا سكروا لان السكر حرام في الاديان كلها ومنها ان حد شرب الخمر وحد السكر مقدر بثمانين جلدة في الاحرار لاجماع الصحابة رضي الله عنهم وقياسهم على حد القذف حتى قال علي رضي الله عنه اذا سكر هذى واذا هذى افترى وحد المفترين ثمانون وباربعين في العبيد لان الرق منصف للحد كحد القذف والزنا قال الله تعالى فَإِنْ أَتَيْنَ بِفَاحِشَةٍ فَعَلَيْهِنَّ نِصْفُ مَا عَلَى الْمُحْصَنَاتِ مِنَ الْعَذَابِ ومنها انه يحرم على المسلم تمليكها وتملكها بسائر اسباب الملك من البيع والشراء او غير ذلك لان كل ذلك انتفاع بالخمر وانها محرمة الانتفاع على المسلم وروي عن النبي صلى الله عليه وسلم انه قال يا اهل المدينة ان الله قد انزل تحريم الخمر فمن كتب هذه الآية وعنده منها شيء فلا يشربها ولا يبيعها فسكبوها في طرق المدينة الا انها مورث لان الملك في الموروث ثبت شرعا من غير صنع العبد فلا يكون ذلك من باب التمليك والتملك والخمر ان لم يكن متقومة فهي مال عندنا فكانت قابلة للملك في الجملة ومنها انه لا يضمن متلفها اذا كان

لمسلم لانها ليست بمال متقوم فى حق المسلم وان كان مالا فى حقه واتلاف مال غير متقوم
لا يوجب الضمان وان كانت لذمى يضمن عندنا خلافا للشافعى وهى من مسائل الغصب
ومنها انها نجسة نجاسة غليظة حتى لو اصاب ثوبا اكثر من قدر الدرهم يمنع جواز
الصلاة لان الله تعالى سماها رجسا فى كتابه العزيز بقوله عز وجل رِجْسٌ مِنْ عَمَلِ
الشَّيْطَانِ فَاجْتَنِبُوهُ ولو بل بها الحنطة فغسلت وجففت وطحنت فان لم يوجد
منها طعم الخمر ورايحتها يحل اكله وان وجد لا يحل لان بقاء الطعم والرايحة دليل بقاء
الخمر وزوالها دليل زوالها ولو سقيت بهيمة منها ثم ذبحت فان ذبحت ساعة ما سقيت
يحل من غير كراهة لانها فى امعائها بعد فتطهر بالغسل وان مضى عليها يوم او اكثر
يحل مع الكراهة لاحتمال انها تفرقت فى العروق والاعصاب ومنها انها اذا تخللت
بنفسها يحل بلا خلاف لقوله صلى الله عليه وسلم نعم الادام الخل وانما يعرف التخلل بالتغير
من المرارة الى الحموضة بحيث لا يبقى فيها مرارة اصلا عند ابى حنيفة حتى لو بقى فيها بعض
المرارة لا يحل وعند ابى يوسف ومحمد يصير خلا بظهور قليل الحموضة فيها لان من اصل
ابى حنيفة ان العصير من ماء العنب لا يصير خمرا الا بعد تكامل معنى الخمرية فيه فكذا الخمر
لا يصير خلا الا بعد تكامل معنى الخلية فيه وعندهما يصير خمرا بظهور قليل الخمرية كذا
الخمر يصير خلا بظهور قليل الخلية فيها هذا اذا تخللت بنفسها فاما اذا خللها صاحبها
بعلاج من خل او ملح او غيرهما فالتخليل جائز والخل حلال عندنا وعند الشافعى لا يجوز
التخليل ولا يحل الخل وان خللها بالنقل من موضع الى موضع فلا شك انه يحل عندنا
وللشافعى فيه قولان واحتج بما روى ان بعد نزول تحريم الخمر كانت عند ابى طلحة الانصارى
خمور لايتام فجاء الى رسول الله صلى الله عليه وسلم فقال ما نصنع بها يا رسول الله فقال اريقها
فقال ابو طلحة افلا اخللها قال لا نص على النهى عن التخليل وحقيقة النهى للتحريم ولان فى الاشتغال
بالتخليل احتمال الوقوع فى الفساد وتنجيس الطاهر من غير ضرورة وهذا لا يجوز بخلاف ما اذا
تخللت بنفسها ولنا ما روى عن النبى صلى الله عليه وسلم انه قال ايما اهاب دبغ فقد طهر
كالخمر اذا تخلل فيحل حقق التخليل واثبت حل الخل شرعا ولان التخليل سبب لحصول الخل فيكون
مباحا استدلالا بما اذا امسكها حتى تخللت والدليل على انه سبب لحصول الخل ان بهذا
الصنيع صار المايع حامضا بحيث لا يبين فى الذوق اثر المرارة فلا يخلوا اما ان كان ذلك
لغلبة الحموضة المرارة مع بقائها فى ذاتها واما ان كانت لتغير الخمر من المرارة الى الحموضة لا سبيل
الى الاول لانه لا حموضة فى الملح لتغليب المرارة وكذا بالقاء حلو قليل يصير حامضا فى مدة
قليلة لا يتخلل بنفسها فى مثلها عادة والقليل لا يغلب الكثير فتعين ان ظهور الحموضة فيها
لتغيرها من المرارة الى الحموضة فى مثل هذا الزمان فثبت ان التخليل سبب لحصول الخل فيكون

مباحا لانه حينئذ يكون اكتساب مال متقوم عندنا وعنده يكون اكتسابا بالمال وكل
ذلك مشروع واما الحديث فقد روى ان ابا طلحة لما قال افلا اخللها فقال رسول الله
صلى الله عليه وسلم نعم فتعارضت الروايتان فسقط الاحتجاج على انه يحمل على النهى
عن التخليل لمعنى فى غيره وهو دفع عادة العامة لان القوم كانوا حديثا العهد بتحريم
الخمر فكانت بيوتهم لا تخلو عن خمر وفى البيت غلمان وجوارى وصبيان وكانوا الفوا شرب
الخمر وصار عادة لهم وطبيعة والنزوع عن العادة امر صعب فقيم البيت ان كان ينزجر
عن ذلك ديانة فقل ما يسلم الاتباع منها لو امرها بالتخليل اذ لا يتخلل من ساعتها بل بعد
وقت معتبر فيودى الى فساد العامة وهذا لا يجوز وقد انعدم ذلك المعنى فى زماننا
لتقرر التحريم وتالف الطباع بتحريمها حملناه على هذا فما للثنا نص عن الدلايل وبه
تعين ان ليس فيما قلنا احتمال الوقوع فى الفساد وقوله تنجيس الطاهر من غير ضرورة
نعم لكن لحاجة وانه جائز كدبغ جلد الميتة ثم لا فرق فى ظاهر الرواية بينما اذا القى
فيها شيئا قليلا من الملح او السمك او الخل وكثيرا حتى يحل فى الحالين جميعا وروى عن ابى يوسف
انه ان كان الخل كثيرا لا يحل وجه رواية ابى يوسف ان الملقى من الخل اذا كان قليلا فهذا
تخليل لظهور الحموضة فيها بطريق التغير فاما اذا كان كثيرا فهذا ليس بتخليل بل هو تغليب
لغلبة الحموضة المرارة فصار كما لو القى فيها كثيرا من الحلاوات حتى صار حلوا لا يحل بل
يتنجس الكل كذا هذا وجه ظاهر الرواية ان كل ذلك تخليل اما اذا القى قليلا فظاهر
وكذلك اذا كان كثيرا لما ذكرنا ان ظهور الحموضة عند القاء الملح والسمك لا يكون
بطريق التغليب لانعدام الحموضة فيها فتعين ان يكون بطريق التغير وكذا اذا القى الخل
الكثير لان القليل منه لما كان مغيرا فكذا الكثير الا ان التغير فى الكثير يكون اسرع
واما السكر والفضيخ ونقيع الزبيب فيحرم شرب قليلها وكثيرها لما روى عن النبى صلى الله
عليه وسلم انه قال الخمر من هاتين الشجرتين واشار الى النخلة والكرمة والنئ منها هو مسمى
لاسم الخمر فكان حراما وسئل عبد الله بن مسعود عن التداوى بالسكر فقال ان الله عز وجل
لم يجعل شفاكم فيما حرم عليكم وعن ابن عمر رضى الله عنهما انه قال السكر هى الخمر ليس لها كنية وروى
انه لما سئل عن نقيع الزبيب قال الخمر اجتنبها اشار الى علة الحرمة وهى ان انقاع الزبيب فى الماء
احيا الخمر لان الزبيب اذا انقع فى الماء يعود عنبا فكان نقيعه كعصير العنب ولان هذا لا يتخذ
الا للسكر فيحرم شرب قليلها وكثيرها فان قيل اليس ان الله تعالى قال وَمِنْ ثَمَرَاتِ النَّخِيلِ وَالْأَعْنَابِ
تَتَّخِذُونَ مِنْهُ سَكَرًا وَرِزْقًا حَسَنًا وهذا خرج مخرج تذكير النعم والتنبيه على شكرها فيدل على
الحل فالجواب قيل ان الاية منسوخة باية تحريم الخمر فلا يصح الاحتجاج بها والثانى ان لم يكن
منسوخة يحمل ان ذلك خرج مخرج التعيير اى انكم يجعلون ما اعطاكم الله من ثمرات النخيل

والاعناب التي هي حلال بعضها حراما وهو الشراب وبعضها حلالا وهو الدبس والزبيب
والخل ونحو ذلك نظيره قوله تعالى قل ارأيتم ما انزل الله لكم من رزق فجعلتم منه حراما
وحلالا وعلى هذا كانت الآية حجة عليكم لان التعيير على الحرام لا على الحلال ولا يكفر
مستحلها ولكن يضلل لان حرمتها دون حرمة الخمر لثبوتها بدليل غير مقطوع به من اخبار
الآحاد وآثار الصحابة على ما ذكرنا ولا يحد بشرب القليل منها لان الحد انما وجب بشرب
القليل من الخمر باسم الخمر ولم يوجد ويحد بالسكر لان حرمة السكر من كل شراب كحرمة الخمر
لثبوتها بدليل مقطوع به وهو نص الكتاب قال الله تعالى انما يريد الشيطان ان يوقع
بينكم العداوة والبغضاء في الخمر والميسر ويصدكم عن ذكر الله وعن الصلاة فهل
انتم منتهون وهذه المعاني تحصل بالسكر من كل شراب فكانت حرمة السكر بكل شراب
ثابتة بنص الكتاب كحرمة الخمر ولهذا جمع رسول الله صلى الله عليه وسلم بين الحرمتين في قوله حرمت
عليكم الخمر لعينها قليلها وكثيرها والسكر من كل شراب ومعلوم انه ما اراد به اصل الحرمة
لان ذلك لا يقف على السكر في كل شراب دل ان المراد منه الحرمة الكاملة التي لا شبهة فيها
كحرمة الخمر وكذا جمع علي رضي الله عنه بينهما في الحد فقال ما اسكر من النبيذ ثمانون وفي الخمر
قليلها وكثيرها ثمانون ويجوز بيعها عند ابي حنيفة مع الكراهة وعند ابي يوسف ومحمد
لا يجوز اصلا وجه قولهما ان محل البيع هو المال وانه اسم لما يباح الانتفاع به حقيقة
وشرعا ولم يوجد فلا يكون مالا فلا يجوز بيعها كبيع الخمر وجه قول ابي حنيفة ان البيع مبادلة
شيء مرغوب بشيء مرغوب وقال تعالى اولئك الذين اشتروا الضلالة بالهدى فما ربحت
تجارتهم وقد وجد ههنا لان الاشربة مرغوب فيها والمال اسم لشيء مرغوب فيه الا ان الخمر
مع كونها مرغوبا فيها لا يجوز بيعها بالنص الذي روينا والنص ورد باسم الخمر فيقتصر على مورد
النص وعلى هذا الخلاف اذا اتلفها انسان يضمن عنده وعندهما لا يضمن واما حكم نجاستها
غليظة كالخمر وروي انها لا تمنع اصلا لان نجاسة الخمر انما تثبت بالشرع بقوله تعالى رجس
من عمل الشيطان فيختص باسم الخمر وعن ابي يوسف انه اعتبر فيها الكثير الفاحش كما في النجاسة
الخفيفة لانها وان كانت محرمة الانتفاع لكن حرمتها دون حرمة الخمر حتى لا يكفر مستحلها ولا يحد
بشرب القليل منها فاوجب ذلك خفة في نجاستها هذا الذي ذكرنا حكم النيء من عصير العنب
ونبيذ التمر ونقيع الزبيب واما حكم المطبوخ منها اما عصير العنب اذا طبخ ادنى طبخة وهو
الباذق او ذهب نصفه وبقي النصف وهو المنصف فيحرم شرب قليله وكثيره عند عامة العلماء
وروى بشر عن قول ابي يوسف الاول انه مباح وهو قول حماد بن ابي سليمان فالصحيح قول العامة
لانه اذا ذهب اقل من الثلثين بالطبخ فالحرام فيه باق وهو ما زاد على الثلث والدليل على
ان الزائد على الثلث حرام ما روي عن عمر رضي الله عنه انه كتب الى عمار بن ياسر اني اتيت

ثم نقد روي عن ابي حنيفة انها لو اصابت الثوب اكثر من قدر الدرهم يمنع جواز الصلاة لانه يحرم شرب قليلها وكثيرها كالخمر فكانت نجاستها صح

بشراب من الشام طبخ حتى ذهب ثلثاه وبقي ثلثه يبقى حلاله ويذهب حرامه وريح جنونه
فمر من قبلك فليوسعوا من اشربتهم نص على ان الزائد على الثلث حرام واشار الى انه ما لم
يذهب ثلثاه فالقوة المسكرة فيه قائمة وكان ذلك بمحضر من الصحابة ولم ينقل انه انكر عليه
منكر فكان اجماعا من الصحابة ولا يحد شاربه ما لم يسكر واذا سكر حد ولا يكفر مستحله لما
مر ويجوز بيعه عند ابي حنيفة وان كان لا يحل شربه وعندهما ما لا يحل شربه لا يجوز بيعه
على ما ذكرنا هذا اذا طبخ عصير العنب فاما اذا طبخ العنب كما هو فقد حكى ابو يوسف عن ابي حنيفة
ان حكمه حكم العصير لا يحل حتى يذهب ثلثاه وروى الحسن عن ابي حنيفة ان حكمه حكم الزبيب
حتى لو طبخ ادنى طبخة يحل بمنزلة الزبيب واما المطبوخ من نبيذ التمر ونقيع الزبيب ادنى
طبخة والمنصف منهما فيحل شربه ولا يحرم الا السكر منه وهو ظاهر يجوز بيعه ويضمن متلفه
وهذا قول ابي حنيفة وابي يوسف وعن محمد روايتان في رواية لا يحل شربه لكن لا يجب الحد
الا بالسكر وفي رواية انه قال لا احرمه ولكن لا اشرب منه والحج تذكر في المثلث وابو
حنيفة وابو يوسف يحتاجان الى الفرق بين المطبوخ ادنى طبخة والمنصف من عصير
العنب وجه الفرق لهما ان طبخ العصير على هذا الحد وهو ان يذهب اقل من ثلثيه لا اثر له
في العصير لان بعد الطبخ بقيت فيه قوة الاسكار بنفسه الا ترى انه لو ترك لغلى واشتد من غير
ان يخلط بغيره كما كان قبل الطبخ فلم يعمل فيه هذا النوع من الطبخ فبقي على حاله بخلاف نبيذ
التمر ونقيع الزبيب لانه ليس فيه قوة الاسكار بنفسه الا ترى انه لو ترك على حاله ولا يخلط به
الماء لم يحتمل الغليان اصلا كعصير العنب اذا طبخ حتى ذهب ثلثاه وبقي ثلثه والماء يغلي
ويسكر اذا خلط فيه الماء واذا لم يكن مسكرا بنفسه بل بغيره جاز ان يتغير حاله بالطبخ بخلاف
العصير على ما ذكرنا والى هذا اشار عمر رضي الله عنه فيما روينا عنه من قوله يذهب حرامه وريح جنونه
يعني اذا كان يغلي بنفسه من غير صب الماء عليه فقد بقي سلطانه واذا صار بحيث لا يغلي بنفسه بان
طبخ حتى ذهب ثلثاه فقد ذهب سلطانه هذا اذا انقع الزبيب المدقوق في الماء ثم طبخ نقيعه ادنى طبخة
فاما اذا انقع الزبيب كما هو وصفي ماؤه ثم طبخ ادنى طبخة فقد روى محمد عن ابي حنيفة وابي يوسف انه
لا يحل حتى يذهب بالطبخ ثلثاه ويبقى ثلثه ووجهه ما ذكرنا ان انقاع الزبيب احياء العنب فلا يحل
الا بما يحل به عصير العنب وروي عن ابي يوسف انه يعتبر في ذلك ادنى طبخة لانه زبيب انتفخ بالماء
فلا يتغير حكمه والله اعلم واما المثلث فنقول لا خلاف في انه ما دام حلوا لا يسكر يحل شربه واما
المعتق المسكر فيحل شربه للتداوي واستمراء الطعام فالتقوي على الطاعة عند ابي حنيفة وابي يوسف
وروي عن محمد انه لا يحل وهو قول الشافعي واجمعوا على انه لا يحل شربه للهو والطرب كذا روى
ابو يوسف في الامالي وقال لو اراد ان يشرب المسكر فقليله وكثيره حرام وقعوده لذلك والمشي
اليه حرام وجه قول محمد والشافعي ما روي عن عائشة رضي الله عنها ان رسول الله صلى الله عليه وسلم

قال ما اسكر كثيره فقليله حرام وروى عنه صلى الله عليه وسلم انه قال كل مسكر حرام ولان المسكر
من عصير العنب انما سمي خمرا لكونه مخامرا للعقل ومعنى المخامرة يوجد في سائر الاشربة المسكرة فكان تحريم
الخمر تحريما لهذه الاشربة وابو حنيفة وابو يوسف احتجا بحديث رسول الله صلى الله عليه وسلم وآثار الصحابة
اما الحديث فما ذكره الطحاوي في شرح الآثار عن عبد الله بن عمر ان النبي صلى الله عليه وسلم اتي بنبيذ فشمه
فقطب وجهه لشدته ثم دعا بماء فصب عليه وشرب منه واما الآثار فمنها ما روي عن عمر رضي الله
عنه انه كان يشرب النبيذ الشديد ويقول انا لننحر الجزور وان العتق منها لآل عمر ولا يقطعه الا النبيذ
الشديد ومنها ما روينا عنه انه كتب الى عمار اني اتيت بشراب من الشام طبخ حتى ذهب ثلثاه وبقي ثلثه
يبقى حلاله ويذهب حرامه وريح جنونه فمر من قبلك فليتوسعوا في اشربتهم نص على الحل ونبه على المعنى
وهو زوال الشدة بقوله ويذهب حرامه وريح جنونه ويدب الى الشرب بقوله فليتوسعوا في اشربتهم
ومنها ما روي عن علي رضي الله عنه انه اضاف قوما فسقاهم فسكر بعضهم فحده فقال الرجل تسقيني
ثم تحدني فقال علي انما احدك للسكر وروي هذا المذهب عن عبد الله بن عمر وعبد الله بن عباس حتى روي
عن ابن عباس رضي الله عنهما انه قال حين سئل عن النبيذ اشرب الواحد والاثنين والثلاثة فاذا خفت
السكر فدع واذا ثبت الاحلال من هؤلاء الكبار من الصحابة فالقول بالتحريم يرجع الى تفسيقهم وانه بدعة ولهذا
عد ابو حنيفة احلال المثلث من شرائط مذهب السنة والجماعة وقال في بيانها ان يفضل الشيخين ويحب
الختنين وان يرى المسح على الخفين وان لا يحرم نبيذ الجر لما ان في القول بتحريمه تفسيق كبار الصحابة والكف
عن تفسيقهم والامساك عن الطعن فيهم من شرائط السنة والجماعة واما ما رووا من الاخبار ففيها الطعن ثم لها
تاويل ثم قول بموجبها اما الطعن فان يحيى بن معين قد ردها وقال لا يصح عن النبي صلى الله عليه وسلم وهو من نقلة الاحاديث
فطعنه يوجب جرحا في الحديث واما التاويل فهو انها محمول على الشرب للتلهي توفيقا بين الدلائل صيانة لها
عن التناقض واما القول بالموجب فهو ان المسكر عندنا حرام وهو القدح الاخير لان المسكر ما يحصل به
الاسكار وانه يحصل بالقدح الاخير وهو حرام قليله وكثيره وهذا قول بموجب الاحاديث ان ثبتت
بحمد الله تعالى واما قولهم ان هذه الاشربة خمر لوجود معنى الخمر فيها وهو صفة مخامرة العقل قلنا
اسم الخمر للني من ماء العنب اذا صار مسكرا حقيقة ولسائر الاشربة مجاز لان معنى الاسكار والمخامرة فيه
كامل وفي غيره من الاشربة ناقص فكان حقيقة له مجازا لغيره وهذا لانه لو كان حقيقة لغيره لكان الاسم
لا يخلو من احد وجهين اما ان يكون اسما مشتركا واما ان يكون اسما عاما لا سبيل الى الاول لان من شرط
الاشتراك اختلاف المعنى فالاسم المشترك ما يقع على مسميات مختلفة الحدود والحقائق كاسم العين ونحوها
ونحوها وههنا ما اختلف ولا سبيل الى الثاني لان من شرط العموم ان يكون افراد العموم متساوية
في قبول المعنى الذي وضع له اللفظ لا متفاوتة ولم يوجد التساوي ههنا واذا لم يكن بطريق الحقيقة تعين
انه بطريق المجاز فلا يتناولها مطلق اسم الخمر واما الجمهوري فحكمه حكم المثلث لانه مثلث يرق بصب الماء
عليه ثم يطبخ ادنى طبخة لئلا يفسد واما الخليطان فحكمهما عند الاجتماع ما هو حكمهما عند الانفراد

من التي منها المطبوخ وقد ذكرناه وقد روي عن رسول الله صلى الله عليه وسلم انه نهى عن شرب
التمر والزبيب جميعا والزهو والرطب جميعا وهو محمول على النيء والسكر منه وروي انه نهى
عن نبيذ البسر والتمر والزبيب جميعا ولو طبخ احدهما ثم صب قدح من النيء فيه افسده سواء
كان من جنسه او خلاف جنسه لانه اجتمع الحلال والحرام فيغلب الحرام الحلال ولو خلط العصير
بالماء فان ترك حتى اشتد لا شك انه لا يحل وان طبخ حتى ذهب ثلثاه ففيه نظر ان كان الماء هو الذي يذهب
اولا بالطبخ يطبخ حتى يذهب قدر الماء ثم يطبخ العصير حتى يذهب ثلثاه فيحل وان كان الماء والعصير يذهبان معا بالطبخ
فيطبخ حتى يذهب ثلثا الجملة فيحل واما المزر والجعة والبتع وما يتخذ من السكر والتين ونحو ذلك فيحل شربه
عند ابي حنيفة قليلا كان او كثيرا مطبوخا كان او نيا ولا يحد شاربه وان سكر وروي عن محمد انه حرام بناء على
اصله وهو ان ما اسكر كثيره فقليله حرام كالمثلث وقال ابو يوسف ما كان من هذه الاشربة يبقى بعد ما يبلغ عشرة ايام
ولا يفسد فاني اكرهه وكذا روي عن محمد ثم رجع ابو يوسف عن ذلك الى قول ابي حنيفة وجه قول ابي يوسف
الاول ان بقاءه وعدم فساده بعد هذه المدة دليل شدته وشدته دليل حرمته وجه قول ابي حنيفة
ان الحرمة معلقة بالخمرية والخمرية لا يثبت الا بشدته والشدة لا توجد في هذه الاشربة فلا يثبت الحرمة
والدليل على نفي الخمرية ايضا ما روينا عن النبي صلى الله عليه وسلم انه قال الخمر من هاتين الشجرتين ذكر
الخمر بلام الجنس فاقتضى انحصار الخمرية على ما يتخذ من الشجرتين وانما لا يوجب الحد وان سكر منه لانه
سكر حصل بتناول شيء مباح وانه لا يوجب الحد كالسكر الحاصل من تناول البنج والخبز في بعض البلاد
بخلاف ما اذا سكر بشرب المثلث انه يجب الحد لان السكر هنا حصل بتناول المحظور وهو القدح الاخير واما
ظروف الاشربة المحرمة فيباح الشرب منها اذا غسلت الا الخزف الجديد الذي تشرب فيها على الاختلاف
الذي عرف في كتاب الصلاة والاصل فيه قوله صلى الله عليه وسلم اني كنت نهيتكم عن الشرب في الدباء والحنتم والمزفت
الا فاشربوا في كل ظرف فان الظروف لا تحل شيئا ولا تحرمه واما بيان حد السكر الذي يتعلق به وجوب الحد
فقد اختلف في حده قال ابو حنيفة السكران الذي يحد هو الذي لا يعقل قليلا ولا كثيرا فلا يعقل الارض من السماء
والرجل من المرأة وقال ابو يوسف ومحمد السكران هو الذي يغلب على كلامه الهذيان وروي عن ابي يوسف انه
يمتحن بقل يا ايها الكافرون فيستقرأ فان لم يقدر على قراءته فهو سكران لما روي ان رجلا صنع طعاما فدعا
ابو بكر وعمر وعثمان وعليا وسعد بن ابي وقاص رضي الله عنهم فاكلوا وسقيهم خمرا وكان قبل تحريم الخمر فحضرتهم
صلاة المغرب فامهم واحد منهم فقرأ قل يا ايها الكافرون على طرح لا في لا اعبد ما تعبدون فنزل قوله
تعالى يا ايها الذين آمنوا لا تقربوا الصلاة وانتم سكارى حتى تعلموا ما تقولون وهذا الامتحان غير سديد
لان من السكارى من لا يعلم هذه السورة من القرآن ومن يعلم فقد يتعذر عليه قراءتها في حالة الصحو خصوصا من لا
اعتناء له بامر القرآن فكيف في حالة السكر وقال الشافعي اذا شرب حتى ظهر اثره في مشيه واطرافه وحركاته
فهو سكران وهذا ايضا غير سديد لان هذا امر لا ثبات له لانه يختلف باختلاف احوال الناس منهم من يظهر
ذلك منه بادني شيء ومنهم من لا يظهر فيه وان بلغ به السكر غايته وجه قولهما شهادة العرف والعادة

فان السكر في متعارف الناس اسم لهذا واليه اشار علي رضي الله عنه بقوله اذا سكر هذى واذا هذى افترى وحد
المفترى ثمانون وابو حنيفه يسلم ذلك في الجمله ويقول اصل السكر يعرف بذلك لكنا عبر في باب الحدود ما هو
الغايه في الباب احتيالا للدرء المامور به لقوله صلى الله عليه وسلم ادرؤا الحدود ما استطعتم ولا يعرف بلوغ
السكر غايته الا بما نذكر والله اعلم بالصواب واليه المرجع والماب

كتاب المفقود

الكلام في المفقود
في اربعة مواضع في تفسير المفقود وفي بيان حاله وفي بيان ما يصنع بماله وفي بيان حكم ماله اما
الاول فالمفقود اسم لشخص غاب عن بلده ولا يعرف خبره انه حي ام ميت

فصل

واما حال
المفقود فعبارة مشايخنا عن حاله انه حي في حق نفسه ميت في حق غيره والشخص الواحد
لا يكون حيا وميتا لما فيه من الاستحاله ولكن معنى هذه العبارة انه يجري عليه احكام الاحياء فيما
كان له فلا يورث ماله ولا تبين امراته كانه حي حقيقة ويجري عليه احكام الاموات فيما لم يكن له
فلا يرث احدا كانه ميت حقيقة لان الثابت باستصحاب الحال يصلح لابقا ما كان على ما كان ولا يصلح
لاثبات ما لم يكن وملكه في امواله ونسائه امر قد كان فاستصحبنا حال الحياة لابقائه واما ملكه
في مال غيره فامر لم يكن وتحقيق العبارة عن حاله ان حاله غير معلومة يحتمل انه حي ويحتمل انه ميت
وهذا يمنع التوارث والبينونة لانه ان كان حيا يرث اقاربه ولا يرثونه ولا تبين امراته وان كان
ميتا لا يرث اقاربه ويرثونه والارث من الجانبين امر لم يكن ثابتا بيقين فوقع الشك في ثبوته فلا يثبت
بالشك والاحتمال وكذلك البينونة على الاصل المعهود في الثابت بيقين انه لا يزول بالشك وغير الثابت
بيقين لا يثبت بالشك واذا مات واحد من اقاربه يوقف نصيبه الى ان يظهر حاله انه حي او ميت لاحتمال
الحياة والموت للحال حتى ان من هلك وترك ابنا مفقودا وابنتين وابن ابن فطلبتا الابنتان الميراث
فان القاضي يقضي لهما بالنصف ويوقف نصيبا الاخر الى ان يظهر حاله لانه ان كان حيا كان له
النصف والنصف للابنتين ولا شيء لابن الابن وان كان ميتا كان للابنتين الثلثان
والباقي لابن الابن فكان استحقاق النصف للابنتين ثابتا بيقين فيدفع ذلك اليهما
ويوقف النصف الاخر الى ان يظهر حاله فان لم يظهر حتى مضت المدة التي
يعرف بها موته فيدفع الثلثان اليهما والباقي لابن الابن والله اعلم وكذا اذا
اوصى له بشيء يوقف ~~وكذا اذا اوصى له بشيء يوقف~~ وكذا اذا فقد المرتد ولا يدرى
انه لحق بدار الحرب ام لا يوقف ميراثه كما لمسلم

فصل

واما بيان ما يصنع بماله
فالذي يصنع بماله انواع منها ان القاضي يحفظ ماله بقيم ينصبه للحفظ لانه
مال لا حافظ له لعجز صاحبه عن الحفظ فيحفظ عليه القاضي نظرا له كما يحفظ
مال الصبي والمجنون الذي لا ولي لهما ومنها انه يبيع من ماله ما يتسارع اليه الفساد
ويحفظ ثمنه لان ذلك حفظ له معنى ولا ياخذ ماله الذي في يد مودعه ومضاربه ليحفظه لان
يدهما يد نيابة عنه في الحفظ فكان محفوظا بحفظه معنى فلا حاجة الى حفظ القاضي ومنها انه ينفق على زوجته من ماله ان

فتقع الحاجة الى الاثبات واستصحاب الحال لا يصلح حجة لاثبات ما لم يكن صح

كان

كان عالما بالزوجية لان الانفاق على زوجته احيا لها وكان من باب حفظ
ملك الغايب عليه عند عجزه عن الحفظ بنفسه فيملكه كما يملك حفظ ماله
ومنها انه ينفق من ماله على اولاده الصغار الذكور والاناث وعلى
اولاده الكبار الفقرا الزمنى من الذكور والاناث الفقيرات سواء كن زمنا
اولا وعلى والديه المحتاجين ان كان عالما بالنسب لان نفقة الولاد انما
تجب بحكم الجزئية والبعضية احيا له واحيا نفسه واجب فكذا احيا جزئه وكله
وكان الانفاق عليهم من ماله احيا له معنى وهو عاجز عن ذلك بنفسه
فيقوم به القاضي وان لم يعلم القاضي بالزوجية والنسب فاحضروا رجلا
في يده وديعة للمفقود او مضاربة او عليه دين له فاقر الرجل بذلك
وبالزوجية والنسب انفق عليهم من ذلك المال لان للمراة ان تاخذ بنفسها
من مال زوجها اذا ظفرت به قدر ما يكفيها قال عليه السلام لهند امراة
ابي سفيان خذي من مال ابي سفيان ما يكفيك وولدك بالمعروف فاذا
اقر ان هذه امراته وان هذا ماله ثبت لها حق الاخذ وكذا في الاولاد
ياخذ البعض كفايته من مال البعض عند الحاجة فاذا اقر بالنسب والمال
فقد ثبت لهم حق الاخذ وهذا قول اصحابنا الثلاثة وعند زفر ليس
للقاضي ذلك لكونه قضا على الغايب الا انا نقول هذا ليس من باب القضا
على الغايب بل هو من باب النظر للغايب وللقاضي ولاية النظر للغايب
على ما ذكرنا في كتاب النفقات ولو اخذ القاضي منهم كفيلا كان حسنا
لجواز ان يحضر المفقود فيقيم البينة على انه كان طلق امراته او كان
اوفاهم النفقة معجلة هذا اذا اقر الرجل بهما فاما اذا انكرهما او اقر
باحدهما دون الاخر فاقاموا البينة على ذلك لا يسمع بينتهم لانه يكون
قضا على الغايب وليس عنه من يكون عنه وله خصم حاضر لان المودع والمضارب
والغريم ليسوا خصما عن الغايب في اثبات الزوجية وايجاب النفقة عليه
وكذا الاولاد والوالد والمراة ليس احدهما خصما للغايب في اثبات ملك
المال له وكل ذلك لا يجوز فان اعطوهم شيا فهو من مال انفسهم لانهم
متطوعون في ذلك ولا ينفق من ماله على من سواهم من ذوي الارحام لان
نفقتهم ليست لعلة الجزوية والبعضية لعدمها بل بطريق الصلة والبر
بهم والاحسان اليهم الا ترى انه ليس لهم ان يمدوا ايديهم فياخذوا من ماله
عند حاجتهم اليه بخلاف الوالدين والمولودين وكان الانفاق عليهم من

ماله قضا على الغايب والاصل ان كل مال ثبت حق الاخذ منه للمنفق عليه من
غير قضا القاضي للقاضي ان ينفق منه وما لا يثبت حق الاخذ منه الا بقضا ليس
للقاضي ان ينفق منه والله اعلم ثم القاضي انما ينفق من مال المفقود على ما ذكرنا
اذا كان المال دراهم او دنانير او طعاما او ثيابا هو من جنس كسوتها فاما
الذي كان من جنس اخر من العروض والعقار فلا ينفق لانه لا يمكنه الانفاق
الا بالبيع وليس للقاضي ان يبيع العروض والعقار على الغايب بالاجماع لان
البيع على الغايب في معنى الحجر عليه والحجر على الحر البالغ لا يجوز عند ابي حنيفة
وعندهما ان جاز على الحاضر لكن لا يجوز على الغايب لان الجواز على الحاضر
لدفع الظلم بالامتناع عن قضا الدين مع القدرة على القضا ولم يتحقق الظلم
منه حالة الغيبة لما لم يعرف منه الامتناع من الانفاق فافترق الحالان
وانما ملك بيع ما يتسارع اليه الفساد لان ذلك وان كان بيعا صورة فهو
حفظ وامساك له معنى والقاضي يملك حفظ مال المفقود واما الاب فليس
له ان يبيع العقار في نفقته على الغايب بالاجماع واما المنقول فله ان يبيعه
عند ابي حنيفة من غير اذن القاضي وعندهما لا يبيع المنقول كما لا يبيع
العقار والمسلة قد مرت في كتاب النفقات **فصل** واما
حكم ماله فهو انه اذا مضت من وقت ولادته مدة لا يعيش اليها عادة
يحكم بموته وتعتق امهات اولاده ومدبروه وتبين امراته ويصير ماله
ميراثا لورثته الاحيا وقت الحكم ولا شي لمن مات قبل ذلك ولم تقدر تلك
المدة في ظاهر الرواية تقديرا وروى الحسن عن ابي حنيفة انه قدرها بمايه
وعشرين سنة من وقت ولادته وذكر محمد في الاصل واذا فقد
الرجل بصفين او بالجمل ثم اختصم ورثته في ماله في زمن ابي حنيفة فقسمه
بينهم وقيل كانت وفاة علي رضي الله عنه في سنة اربعين ووفاة ابي حنيفة
رضي الله عنه سنة مايه وخمسين وروي عن محمد انه قدره بمايه سنة
فاذا مضت المدة المقدرة يحكم بموته وتثبت جميع الاحكام المتعلقة بالموت
وكذا اذا قامت البينة على موته والله اعلم

كتاب اللقيط

الكلام في اللقيط في مواضع في تفسير اللقيط لغة وعرفا وفي بيان حاله وفي
بيان ما يتعلق به من الاحكام اما تفسيره في اللغة فهو فعيل من اللقط وهو
الالقا بمعنى المفعول وهو الملقوط او الاخذ والرفع بمعنى المفعول وهو الماخوذ
والمرفوع واما العرف فهو اسم للطفل المنبوذ وهو الملقى او الطفل الماخوذ

م من ثمن العين صح

م في صح

والعرف

والمرفوع واما في العرف عادة لما انه يوخذ ويرفع عادة فكان تسميته لقيطا باسم
العاقبة لانه يلتقط عادة اي يوخذ ويرفع وتسمية الشي باسم عاقبته امر شايع في
اللغة قال الله تعالى اني اراني اعصر خمرا وقال تعالى انك ميت وانهم ميتون سمي
العنب خمرا والحي الذي يحتمل الموت ميتا باسم العاقبة كذا هذا **فصل** واما بيان
حاله فله احوال ثلاث لا بد من التعرف عنها حاله في الحرية والرق وحاله في الاسلام
والكفر وحاله في النسب اما حاله في الحرية والرق فهو انه حر من حيث الظاهر
كذا روي عن عمر وعلي رضي الله عنهما انهما حكما بكون اللقيط حرا ولان الاصل هو الحرية
في بني ادم لان الناس كلهم اولاد ادم وحوا عليهما السلام وهما كانا حرين والمتولد
من حرين يكون حرا وانما حدث الرق في البعض شرعا بعارض الاستيلا بسبب
عارض وهو الكفر الباعث على الحراب فيجب العمل بالاصل حتى يقوم الدليل على
العارض فيترتب عليه احكام الاحرار من اهلية الشهادة والاعتاق والتدبير والكتا
واستيلاد والحد على قاذفه وغير ذلك من الاحكام المختصة بالاحرار الا انه لا يحد
قاذف امه لان احصان المقذوف شرط ولم يعرف احصانها لانعقاد القذف
علة لوجوب الحد على القاذف ولو ادعى الملتقط او غيره انه عبده لم يسمع
منه الا ببينة لان حريته ثابتة من حيث الظاهر فلا يقدر على ابطال هذا
الظاهر الا بدليل ولو بلغ فاقر انه عبد فلان نظر في ذلك ان كان لم يجر عليه
شي من احكام الاحرار بعد من قبول شهادته وضرب قاذفه الحد ونحو ذلك
صح اقراره الا انه لا يعتبر في ابطال ما فعله من التصرفات كالهبة والكفالة
والاعتاق والنكاح وغيرها من التصرفات التي لا يملكها العبد حتى لا ينفسخ
هذا عندنا وقال الشافعي رحمه الله في احد قوليه ينفسخ لانه لما اقر بالرق فقد
ظهر انه كان رقيقا وقت التصرف فلم يصح تصرفه كما اذا قامت البينة على رقه
ولنا ان هذا اقرار يتضمن ابطال حق الغير لان حريته ثابتة من حيث الظاهر
فلا يصدق في حق ذلك الغير لما عرف ان الاقرار تصرف على نفس المقر فاذا
تضمن ابطال حق الغير كان دعوى او شهادة على غيره من ذلك الوجه فيصدق
على نفسه لا على غيره كمن اقر بحرية عبد انسان ثم اشتراه عتق عليه ولا يرجع
بالثمن على البايع لما قلنا كذا هذا والاستدلال بالبينة غير سديد لان الشاهد
غير متهم في شهادته فاما المقر في اقراره على غيره فمتهم فهو الفرق والله اعلم
وان كان قد اجري عليه شي من ذلك لا يصح اقراره لانه اذا اجري عليه شي من احكام
الاحرار فقد ظهرت حريته عند الناس كافة فظهر انه حر الاصل فلا يملك ابطالها

بنه

م الحد صح

بلغ

م لانه لم يعرف حريته الا بظاهر الحال فاذا اقر بالرق والانسان لا يتهم على نفسه بالرق كان ظاهرا صح اقراره صح

بالاقرار بالرق . واما حاله في الاسلام والكفر فان وجد مسلم في مصر من امصار
المسلمين وان وجد ذمي في بيعة او كنيسة او قرية ليس فيها مسلم يكون ذميا
تحكيما للظاهر فاما اذا وجد مسلم في بيعة او كنيسة او قرية ليس فيها مسلم من
قرى اهل الذمة يكون ذميا ولو وجد ذمي في مصر من امصار المسلمين او قرية من
قراهم يكون مسلما كذا ذكره في كتاب اللقيط من الاصل واعتبر المكان وروى ابن
سماعة عن محمد انه اعتبر حال الواجد من كونه مسلما او ذميا وفي كتاب الدعوى
اعتبر الاسلام الا بهما نسب الى الواجد او الى المكان والصحيح رواية هذا الكتاب
لان الموجود في المكان هو في ايدي اهل الاسلام وتصرفهم في ايديهم واللقيط الذي
هو في يد المسلم وتصرفه يكون مسلما ظاهرا والموجود في المكان الذي هو في ايدي
اهل الذمة وتصرفهم في ايديهم واللقيط الذي هو في يد الذمي وتصرفه يكون ذميا
ظاهرا فكان اعتبار المكان اولى فان وجده مسلم في مصر من امصار المسلمين
فبلغ كافرا يجبر على الاسلام ولكن لا يقتل لانه لم يعرف اسلامه حقيقة انما حكم
به تبعا للدار فلا تتحقق ردته فلا يقتل واما حاله في النسب فهي انه مجهول النسب
حتى لو ادعى انسان نسبه الملتقط او غيره تصح دعوته ويثبت النسب منه على
ما ذكرنا في كتاب الدعوى واما الاحكام المتعلقة به فانواع منها ان التقاطه
امر مندوب اليه لما روي ان رجلا اتى عليا رضي الله عنه بلقيط فقال هو
حر ولان اكون وليت من امره مثل الذي وليت انت كان احب الي من كذا وكذا
عد جملة من اعمال الخير فقد رغب في الالتقاط وبالغ في الترغيب فيه حيث فضله
على جملة من اعمال الخير فيدل على المبالغة في الندب اليه ولانه نفس لا حافظ
لها بل هي مضيعة فكان التقاطها احياء لها معنى وقد قال الله تعالى ومن احياها
فكانما احيا الناس جميعا ومنها ان الملتقط اولى بامساكه من غيره حتى لا يكون
لغيره ان ياخذه منه لانه هو الذي احياه بالتقاطه ومن احيا ارضا ميتة فهي له
على لسان رسول الله صلى الله عليه وسلم ولانه مباح الاخذ سبقت يد الملتقط
اليه والمباح مباح من سبق على لسان رسول الله صلى الله عليه وسلم ومنها
ان نفقته من بيت المال لان ولاءه له وقد قال رسول الله صلى الله عليه وسلم الخراج
بالضمان ولو كان معه مال مشدود عليه فهو له لان الظاهر انه ماله فيكون
له كثيابه التي عليه وكذا اذا وجد مشدودا على دابة فالدابة له لما قلنا وتكون نفقته
في ماله لان الانفاق من بيت المال للضرورة ولا ضرورة اذا كان له مال وليس على
الملتقط ان ينفق عليه من مال نفسه لانعدام سبب وجوب النفقة ولو انفق عليه

او في قرية من قراهم يكون مسلما حتى لو مات يصلى عليه ويدفن في مقابر المسلمين صح

عليه صح

من مال نفسه فان فعل باذن القاضي له ان يرجع عليه وان فعل بغير اذنه لا يرجع عليه
لانه يكون متطوعا ومنها ان عقله لبيت المال لان عاقلته بيت المال فيكون عقله
له لقوله صلى الله عليه وسلم الخراج بالضمان ومنها ان ولاءه لبيت المال لما قلنا
ومنها ان يوالي من شاء اذا بلغ الا اذا عقل عنه بيت المال فليس له ان يوالي احدا
لان العقد يلزم بالعقل على ما نذكره في كتاب الديات ان شاء الله تعالى ومنها
ان وليه السلطان له الولاية في ماله ونفسه لقوله صلى الله عليه وسلم السلطان
ولي من لا ولي له وروي عنه عليه السلام انه قال الله ورسوله ولي من لا ولي له
والخال وارث من لا وارث له والسلطان نائب الرسول صلى الله عليه وسلم فيزوج
اللقيط ويتصرف في ماله وليس للملتقط ان يفعل شيئا من ذلك لانه لا ولاية له عليه
لانعدام سببها وهو القرابة والسلطنة الا انه يجوز ان يقبض له الهبة ويسلمه
في صناعة ويواجره لان ذلك ليس من باب الولاية بل هو من باب اصلاح حاله
وايصال المنفعة المحضة اليه من غير ضرر فاشبه اطعامه وغسل ثيابه
والله اعلم ومنها ان نسبه من المدعي يحتمل الثبوت شرعا لانه مجهول النسب
على ما مر في كتاب الدعوى حتى لو ادعى الملتقط او غيره انه ابنه تسمع دعواه
من غير بينة ويثبت نسبه منه والقياس ان لا تسمع الا ببينة وجه القياس
ظاهر لانه يدعي امرا جايز الوجود والعدم فلا بد لترجيح احد الجانبين من مرجح
وذلك بالبينة ولم توجد وجه الاستحسان انه عاقل اخبر بما هو محتمل
الثبوت وكل من اخبر عن امر والمخبر به يحتمل الثبوت يجب تصديقه
تحسينا للظن بالمخبر هو الاصل الا اذا كان في تصديقه ضرر بالغير وهذا
اذا كان في تصديقه ضرر بالغير وههنا في التصديق واثبات النسب
نظر من الجانبين جانب اللقيط بشرف النسب والتربية والصيانة عن
اسباب الهلاك وغير ذلك وجانب المدعي بولد يستعين به على مصالحه
الدينية والدنيوية وتصديق المدعي في دعوى ما ينتفع به ولا يتضرر به
غيره بل ينتفع به لا يقف على البينة وسواء كان المدعي مسلما او ذميا حرا
او عبدا حتى لو ادعى نسبه ذمي تصح دعوته حتى يثبت نسبه منه لكنه
يكون مسلما لانه ادعى شيئين يتصور انفصال احدهما عن الاخر في الجملة وهو
نسب الولد وكونه كافرا ويمكن تصديقه في احدهما لكونه نفعا للقيط وهو
كونه ابنا له ولا يمكن تصديقه في الاخر لكونه ضررا به وهو كونه كافرا
فيصدق فيما فيه منفعة فيثبت نسب الولد منه ولا يصدق فيما يضره

ولي اللقيط السلطان

له صح

على الآخر صح

فلا يحكم بكفره وليس من ضرورة كون الولد منه ان يكون كافرا الا ترى انه يحكم
باسلامه باسلام امه وان كان الاب كافرا هذا اذا اقر الذمي انه ابنه ولا بينة
له فان اقام البينة على ذلك ثبت نسب الولد منه ويكون على دينه بخلاف
الاقرار ووجه الفرق بين الاقرار وبين الشهادة انه متهم في اقراره بما يتضمنه
اقراره وهو كون الولد على دينه ولا تهمة في الشهادة لما مر ولو ادعى عبد
انه ابنه صحت دعوته وثبت نسبه منه لكنه يكون حرا لما ذكرنا في
دعوى الذمي لانه ادعى شيئين احدهما نفع للقيط والاخر مضرة
وهو الرق فيصدق فيما ينفعه لا فيما يضره على ما ذكرنا في دعوة الذمي
ولو ادعاه رجلان انه ابنهما ولا بينة لهما فان كان احدهما مسلما والاخر ذميا
فالمسلم اولى به لانه انفع للقيط وكذلك اذا كان احدهما حرا والاخر عبدا
فالحر اولى لانه انفع له وان كانا حرين مسلمين فان وصف احدهما علامة
في جسده فالواصف اولى به عندنا والاصل عند الشافعي رحمه الله يرجع الى
القايف فيوخذ بقوله والصحيح قولنا لان الدعويين متى تعارضتا يجب
العمل بالراجح منهما وقد ترجح احدهما بالعلامة لانه اذا وصف العلامة ولم يصف
الاخر دل على ان يده عليه سابقة فلا بد لزوالها من دليل والدليل على جواز العمل
بالعلامة قوله تعالى خبرا عن اهل تلك المراة ان كان قميصه قد من قبل
فصدقت وهو من الكاذبين وان كان قميصه قد من دبر فكذبت وهو
من الصادقين فلما راى قميصه قد من دبر قال انه من كيدكن ان كيدكن
عظيم حكى الله تعالى عن الحكم بالعلامة عن الامم السالفة في كتابه ولم يغير
عليهم والحكيم اذا حكى عن منكر غيره فصار الحكم بالعلامة شريعة لنا
مبتدا وكذا عند اختلاف الزوجين في متاع البيت يميز ذلك بالعلامة كذا
هاهنا وان لم يصف احدهما العلامة يحكم بكونه ابنا لهما اذ ليس احدهما
باولى من الاخر فان اقام احدهما البينة فهو اولى به فان اقاما جميعا البينة
يحكم بكونه ابنا لهما لانه ليس احدهما باولى من الاخر وقد روي عن عمر رضي
الله عنه في مثل هذا انه قال انه ابنهما يرثهما ويرثانه وهو للباقي منهما فان
ادعاه اكثر من رجلين واقام البينة روي عن ابي حنيفة انه يسمع من خمسة
وقال ابو يوسف من رجلين ولا يسمع من اكثر من ذلك وقال محمد يسمع من
من ثلاثة ولا يسمع من اكثر من ذلك هذا اذا كان المدعي رجلا فان كان امراة
فادعت انه ابنها ينظر ان صدقها زوجها او شهدت لها القابلة او قامت

البينة

البينة صحت دعوتها والا فلا لان فيه حمل نسب الغير على الغير وانه لا يجوز لما ذكرنا
في كتاب الاقرار ولو ادعته امراتان واقامت احداهما البينة فهي اولى به وان
اقامتا جميعا فهو ابنهما عند ابي حنيفة وعند ابي يوسف لا يكون ابنا لواحدة منهما
وعن محمد روايتان في رواية ابي حفص يجعل ابنهما وفي رواية ابي سليمان
لا يجعل ابن واحدة منهما والله اعلم بالصواب

كتاب اللقطة

الكلام في اللقطة في مواضع في بيان انواعها وفي بيان احوالها وفي بيان ما يصنع
بها اما الاول فهي نوعان نوع من غير الحيوان وهو المال الساقط على الارض لا
يعرف من هو مالكه ونوع من الحيوان وهو الضالة من الابل والبقر والغنم وغيرها
من البهائم الا انه سمي لقطة من اللقط وهو الاخذ والرفع لانه يلتقط عادة اي
يوخذ ويرفع على ما ذكرنا في كتاب اللقيط

فصل

واما بيان احوالها
فلها في الاصل حالان حال ما قبل الاخذ وحال ما بعده اما قبل فلها احوال
مختلفة وقد تكون مندوب الاخذ وقد تكون مباح الاخذ وقد تكون حرام
الاخذ اما حالة الندب فهي ان يخاف عليها الضيعة لو تركها فاخذها لصاحبها
افضل من تركها لانه اذا خاف عليها الضيعة كان اخذها لصاحبها احياء
لمال المسلم معنى فكان مستحبا واما حالة الاباحة فهي ان لا يخاف عليها الضيعة
فياخذها لصاحبها وهذا عندنا وقال الشافعي اذا خاف عليها الضيعة يجب
اخذها وان لم يخف يستحب اخذها وزعم ان الترك عند خوف الضيعة يكون
تضييعا لها والتضييع حرام فكان الاخذ واجبا وهذا غير سديد لان الترك لا
يكون تضييعا بل امتناع من حفظ غير ملتزم والامتناع من حفظ غير ملتزم لا
يكون تضييعا كالامتناع عن قبول الوديعة واما حالة الحرمة فهي ان ياخذها
لنفسه لا لصاحبها لما روي عن رسول الله صلى الله عليه وسلم انه قال لا ياوي الضالة
الا ضال والمراد بها ان يضمها الى نفسه لاجل نفسه لا لاجل صاحبها بالرد
عليه لان الضم الى نفسه لاجل صاحبها ليس بحرام ولانه اخذ مال الغير بغير
اذن صاحبه لنفسه فيكون بمعنى الغصب وكذلك لقطة البهيمة من الابل
والبقر والغنم عندنا وقال الشافعي لا يجوز التقاطها اصلا واحتج بما روي
ان رجلا سال رسول الله صلى الله عليه وسلم عن ضالة الابل فقال ما لك
ولها معها حذاؤها وسقاؤها ترد الماء وتاكل الشجر دعها يلقاها ربها
نهى عن التعرض لها وامر بترك الاخذ فيدل على حرمة الاخذ ولنا ما روي
ان رجلا وجد بعيرا بالحرة فعرفه ثم ذكره لعمر بن الخطاب رضي الله عنه فامره

ان يعرفه فقال الرجل لعمر بن الخطاب رضي الله عنه قد شغلني عن ضيعتي فقال عمر
رضي الله عنه ارسله حيث وجدته ولان الاخذ حال خوف الضيعة احيا
لمال المسلم فيكون مستحبا وحال عدم الخوف ضرب احتراز فيكون مباحا
على ما ذكرنا واما الحديث فلا حجة له فيه لان المراد منه ان يكون صاحبه
قريبا منه الا ترى انه قال حتى يلقاها ربها وانما يقال ذلك اذا كان قريبا
او كان رجا اللقا ثابتا ونحن به نقول ولا كلام فيه والدليل عليه انه لما
سئل عن ضالة الغنم قال خذها فانها لك او لاخيك او للذيب دعاه الى الاخذ
ونبه على المعنى وهو خوف الضيعة وانه موجود في الابل فالنص الوارد فيها
اولى ان يكون واردا في الابل وساير البهايم دلالة الا انه صلى الله عليه وسلم
فصل بينهما في الجواب من حيث الصورة لهجوم الذيب على الغنم اذا لم يلقاها
ربها عادة بعيدا كان او قريبا ولا كذلك الابل لانها تذب عن نفسها عادة
هذا الذي ذكرنا حال ما قبل الاخذ واما حال ما بعده فلها بعد الاخذ
حالان في حال هي امانة وفي حال مضمونة اما حالة الامانة فهي ان ياخذها
لصاحبها لانه اخذها على سبيل الامانة فكان يده يد المالك كيد المودع واما
حالة الضمان فهي ان ياخذها لنفسه لان الماخوذ لنفسه مغصوب وهذا
بلا خلاف وانما الخلاف في شي اخر وهي ان جهة الامانة انما تعرف من جهة
الضمان بالتصديق او بالاشهاد عند ابي حنيفة وعندهما بالتصديق او
باليمين حتى لو هلكت وجا صاحبها وصدقه في الاخذ له لا يجب عليه الضمان بالاجماع
وان لم يشهد لان جهة الامانة قد تثبت بتصديقه وان كذبه في ذلك فكذلك
عند ابي يوسف ومحمد اشهد او لم يشهد ويكون القول قول الملتقط مع يمينه
واما عند ابي حنيفة فان اشهد فلا ضمان عليه لانه بالاشهاد ظهر ان الاخذ
كان لصاحبه فظهر ان يده يد امانة وان لم يشهد يجب عليه الضمان ولو اقر
الملتقط انه اخذها لنفسه يجب عليه الضمان لانه اقر بالغصب والمغصوب
مضمون على الغاصب وجه قولهما ان الظاهر انه اخذه لا لنفسه لان
الشرع انما مكنه من الاخذ بهذه الجهة فكان اقدامه على الاخذ دليلا على
انه اخذها بالوجه المشروع فكان الظاهر شاهدا له فكان القول قوله لكن
مع الحلف لان القول قول الامين مع اليمين ولابي حنيفة رحمه الله وجهان
احدهما ان اخذ مال الغير بغير اذنه سبب لوجوب الضمان في الاصل الا اذا كان
الاخذ على سبيل الامانة بان اخذه لصاحبه فيخرج من ان يكون سببا وذلك

انما يعرف بالاشهاد لوجوب الضمان على الاصل والثاني ان الاصل ان عمل الانسان
يكون له لا لغيره لقوله تعالى وان ليس للانسان الا ما سعى وقوله تعالى لها ما كسبت
وعليها ما اكتسبت فكان اخذ اللقطة في الاصل لنفسه لا لصاحبها واخذ مال
الغير بغير اذنه لنفسه سبب لوجوب الضمان لانه غصب وانما يعرف الاخذ
لصاحبها بالاشهاد فاذا لم يوجد بقي الاخذ لنفسه فيجب عليه الضمان ولو اخذ
اللقطة ثم ردها الى مكانها الذي اخذها منه لا ضمان عليه في ظاهر الرواية وكذا نص
عليه محمد رحمه الله في الموطا وبعض مشايخنا قالوا هذا الجواب فيما اذا رفعها
ولم يبرح من ذلك المكان حتى وضعها في موضعها فاما اذا ذهب عن ذلك المكان
يضمن وجواب ظاهر الرواية مطلق عن هذا التفصيل مستغن عن هذا التاويل
وقال الشافعي رحمه الله يضمن ذهب عن ذلك المكان او لم يذهب وجه قوله
انه لما اخذها من مكانها فقد التزم حفظها بمنزلة قبول الوديعة فاذا ردها
الى مكانها فقد ضيعها بترك الحفظ الملتزم فاشبه الوديعة القاها المودع الى
قارعة الطريق حتى ضاعت ولنا انه اخذها محتسبا متبرعا ليحفظها على
صاحبها فاذا ردها الى مكانها فقد فسخ التبرع من الاصل فصار كانه لم ياخذها
اصلا وبه تبين انه لم يلتزم الحفظ وانما تبرع به وقد رده بالرد الى مكانها فارتد
وجعل كان لم يكن هذا اذا اخذها لصاحبها ثم ردها الى مكانها وصدقه صاحبها
فيه او كذبه لكن الملتقط قد كان اشهد على ذلك فان كان لم يشهد عليه يجب
عليه الضمان عند ابي حنيفة وعندهما لا يجب اشهد او لم يشهد ويكون القول
قوله مع يمينه انه اخذها لصاحبها على ما ذكرنا ولو اقر انه كان اخذها لنفسه
لا يبرا عن الضمان الا بالرد على المالك لانه ظهر انه اخذها غصبا وكان الواجب
عليه الرد الى المالك لقوله صلى الله عليه وسلم على اليد ما اخذت حتى ترده فاذا
عجز عن رد العين يجب عليه رد بدلها كما في الغصب ثم تفسير الاشهاد على
اللقطة ان يقول الملتقط بمسمع من الناس اني التقطت لقطة او عندي لقطة
فمن ينشدها فدلوه علي او يقول عندي شي فمن سمعتموه يسال شيا او يريد
شيا فدلوه علي واذا قال ذلك ثم جا صاحبها فقال الملتقط قد هلكت كان القول
قوله ولا ضمان عليه بالاجماع وان كانت عنده عشر لقطات لان اسم الشي
واللقطة اذا كان منكرا وان كان يقع على شي واحد ولقطة واحدة لغة
لكن في مثل هذا الموضع يراد به الجنس في العرف والعادة لا فرد من الجنس
اذ المقصود من التعريف ايصال الحق الى المستحق ومطلق الكلام ينصرف الى المتعارف

فان لم يشهد لم يعرف كون الاخذ لصاحبه فبقي الاخذ سببا صح

اذا صح

فضاعت صح

كل صح

والمعتاد فكان هذا اشهادا على الكل بدلالة العرف والعادة وكذلك اذا اخذ الضالة ثم
ارسلها الى مكانها الذي اخذها منه فحكمها حكم اللقطة لان هذا احد نوعي اللقطة
وقد روينا في هذا الباب عن عمر رضي الله عنه انه قال لواجد البعير الضال
ارسله حيث وجدته وهذا يدل على انتفا وجوب الضمان **فصل** واما بيان
ما يصنع بها فنقول وبالله التوفيق اذا اخذ اللقطة فانه يعرفها لما روي عن
رسول الله صلى الله عليه وسلم انه قال عرفها حولا حين سيل عن اللقطة وروي ان
رجلا جا الى عبد الله بن عمر رضي الله عنهما فقال اني وجدت لقطة فما تامرني فيها
فقال عرفها سنة وروينا عن عمر رضي الله عنه انه امر بتعريف البعير الضال
ثم الكلام في التعريف في موضعين احدهما في مدة التعريف والثاني في بيان مكان
التعريف اما الاول فيختلف قدر المدة باختلاف قدر الملتقط ان كان شيا قيمته
عشرة دراهم فصاعدا يعرفه حولا وان كان شيا قيمته اقل من عشرة دراهم يعرفه
اياما على قدر ما يرى وروى الحسن بن زياد عن ابي حنيفة انه قال التعريف
على خطر المال ان كان مائة ونحوها عرفها سنة وان كان عشرة ونحوها عرفها
شهرا وان كان ثلاثة ونحوها عرفها جمعة او قال عشرة وان كان درهما ونحوه
عرفها ثلاثة ايام وان كان دانقا ونحوه عرفه يوما وان كان تمرة او كسرة تصدق
بها وانما يكمل مدة التعريف اذا كان مما لا يتسارع اليه الفساد فان خاف الفساد
لم يكمل وتصدق بها واما مكان التعريف فالاسواق وابواب المساجد لانها
مجمع الناس وممرهم وكان التعريف فيها اسرع الى تشهير الخبر ثم اذا عرفها
فان جا صاحبها واقام البينة انها ملكه اخذها لقوله صلى الله عليه وسلم من
وجد عين ماله فهو احق به وان لم يقم البينة ولكن ذكر العلامة بان وصف
عفاصها ووكاها ووزنها وعددها يحل للملتقط ان يدفع اليه وان شا اخذ
منه كفيلا لان الدفع بالعلامة مما ورد الشرع به في الجملة كما في اللقيط الا انه لا
يجبر على الدفع وههنا لا يجبر على الدفع بمجرد الدعوى بالاجماع فجاز ان لا يجبر
على الدفع بالعلامة ولكن يحل له الدفع وله ان ياخذ كفيلا لجواز ان يجي اخر فيدعيها
ويقيم البينة ثم اذا عرفها ولم يحضر صاحبها مدة التعريف فهو بالخيار ان شا
امسكها الى ان يجي صاحبها وان شا تصدق بها على الفقرا ولو اراد ان ينتفع بها
فان كان غنيا لا يجوز له ان ينتفع بها عندنا وعند الشافعي اذا عرفها حولا
ولم يحضر صاحبها جاز له ان ينتفع بها وان كان غنيا وتكون قرضا عليه واحتج
بما روي ان رسول الله صلى الله عليه وسلم قال لمن ساله عن اللقطة عرفها حولا فان

ان صح

جا

جا صاحبها والا فشانك بها وهذا اطلاق الانتفاع للملتقط من غير السوال عن حاله
انه غني او فقير فدل ان الحكم لا يختلف ولنا ما روي عن رسول الله صلى الله عليه وسلم
انه قال لا تحل اللقطة فمن التقط شيا فليعرفه سنة فان جا صاحبها فليرده عليه وان
لم يات فليتصدق به والاستدلال به من وجهين احدهما انه الحل مطلقا وحالة
الفقر غير مرادة بالاجماع فتتعين حالة الغنا والثاني انه امر بالتصدق ومصرف
الصدقة الفقير دون الغني ولان الانتفاع بمال المسلم بغير اذنه لا يجوز الا لضرورة ولا
ضرورة اذا كان غنيا واما الحديث فلا حجة له فيه لان قوله فشانك بها ارشاد
الى الاشتغال بالحفظ لان ذلك كان شانه المعهود باللقطة الى هذه الغاية او نحمله
على هذا توفيقا بين الحديثين صيانة لهما عن التناقض واذا تصدق بها على الفقرا
فاذا جا صاحبها كان له الخيار ان شا امضى الصدقة وله ثوابها وان شا ضمن الملتقط
او الفقير ان وجده لان التصدق كان موقوفا على اجازته وايهما ضمن لم يرجع على
صاحبه كما في غاصب الغاصب وان كان فقيرا فان شا تصدق بها على الفقرا
وان شا انفقها على نفسه فان جا صاحبها خير بين الاجر وبين ان يضمنها له
على ما ذكرنا وكذلك اذا كان غنيا جاز له ان يتصدق بها على ابيه وابنه وزوجته
اذا كانوا فقرا وكل جواب عرفته في لقطة الحل فهو الجواب في لقطة الحرم يصنع
بها ما يصنع بلقطة الحل من التعريف وغيره وهذا عندنا وعند الشافعي
لقطة الحرم تعرف ابدا ولا يجوز الانتفاع بها بحال واحتج بما روي عن النبي صلى
الله عليه وسلم انه قال في صفة مكة ولا تحل لقطتها الا لمنشد اي لمعرف
فالمنشد المعرف والناشد الطالب وهو المالك ومعنى الحديث انه لا يحل
لقطتها الا لمنشد اخذ لقطة الحرم الا للتعريف ولنا ما ذكرنا من الدلايل
من غير فصل بين لقطة الحل والحرم ولا حجة له في الحديث لانا نقول بموجبه
انه لا يحل التقاطها الا للتعريف وهذا حال كل لقطة الا انه خص لقطة
الحرم بذلك لما لا يوجد صاحبها عادة فتبين ان ذا لا يسقط التعريف ولكن
حكم الضالة فيما وصفنا وتنفرد بحكم اخر وهو النفقة فان انفق عليها بامر
القاضي يكون دينا على مالكها وان انفق بغير اذنه يكون متطوعا فينبغي ان
يرجع الامر على القاضي حتى ينظر القاضي في ذلك فان كانت بهيمة يحتمل الانتفاع
بها بطريق الاجارة وخشي ان لو انفق عليها لاتي على قيمتها امره ببيعها وحفظ
ثمنها وقام ثمنها مقامها في حكم الهلاك وان راى الاصلح ان لا يبيعها بل ينفق
عليها امره بان ينفق عليها لكن نفقة لا تزيد على قيمتها ويكون ذلك دينا على صاحبها

نفي صح

امره بان يواجرها وينفق عليها من اجرتها نظرا للمالك وان كانت مما لا يحتمل الانتفاع بها بطريق الاجارة صح

حتى إذا حضر يأخذ منه النفقة وله أن يحبس اللقطة بالنفقة كما يحبس المبيع
بالثمن وإن أبى أن يؤدي النفقة باعها القاضي ودفع إليه قدر ما أنفق والله أعلم
بالصواب وإليه المرجع والمآب

باب الإباق

الكلام في هذا الكتاب في مواضع في تفسير الآبق وفي بيان حاله وفي بيان ما يصنع
به وفي بيان حكم ماله أما الأول فالآبق اسم لرقيق هرب من مولاه **فصل**
وأما حاله فحال اللقطة قبل الأخذ وبعده وقد ذكرنا تفاصيله في كتاب اللقطة
فصل وأما بيان ما يصنع به فنقول وبالله التوفيق إذا أخذ الآبق لصاحبه فإن شاء
الآخذ أمسكه على صاحبه حتى يجيء فيأخذه وإن شاء ذهب به إلى صاحبه فرده
عليه فإن أمسكه فجاء إنسان وادعى أنه عبده فإن أقام البينة دفعه إليه
وأخذ منه كفيلا إن شاء لجواز أن يجيء آخر فيدعيه ويقيم البينة فله أن
يستوثق بكفيل ولو لم يكن له بينة ولكن أقر العبد بذلك دفعه إليه أيضا
لأنه ادعى شيئا لا ينازعه فيه أحد فيكون له ويأخذ منه كفيلا إن شاء لما
قلنا وما أنفق عليه فإن كان بأمر القاضي يرجع به على صاحبه وإلا فلا
لأنه يكون متطوعا فإن طالت المدة ولم يجئ له صاحب باعه القاضي وأخذ
ثمنه يحفظه على صاحبه لأن ذلك حفظ له معنى فإن باعه وأخذ ثمنه ثم
جاء إنسان وأقام البينة أنه عبده دفع الثمن إليه وليس له أن ينقض البيع
لأن البيع من القاضي صدر عن ولاية شرعية لأنه من باب الحفظ إذ لو لم
يبع لأتت النفقة على جميع قيمته فيضيع المال وكان بيعه حفظا له من
حيث المعنى والقاضي يملك حفظ مال الغائب ولهذا يبيع ما يتسارع إليه
الفساد ولو زعم المدعي أنه كان قد دبره أو كاتبه لم يصدق في نقض البيع
لما قلنا ولو كان الآبق في حبس القاضي أنفق عليه من بيت المال ثم إذا جاء
صاحبه أخذه من صاحبه أو من ثمنه إن باعه لأن الإنفاق عليه إحياء ماله
فيكون عليه وإذا جاء بالآبق له أن يمسكه بالجعل لأنه إذا جاء به فقد
استحق الجعل على مالكه على ما نذكر وكان له حق حبسه بالجعل كما يحبس المبيع
لاستيفاء الثمن ولو هلك في حال الحبس لا ضمان عليه لكن يسقط الجعل كما لا
ضمان على البائع لهلاك المبيع المحبوس لاستيفاء الثمن لكن يسقط الثمن
عن المشتري ولا يقبل كتاب القاضي إلى القاضي في الرقيق في قول أبي حنيفة
ومحمد وعند أبي يوسف يقبل في العبد ولا يقبل في الجارية وموضع المسألة
كتاب أدب القاضي في بيان شرائط قبول كتاب القاضي إلى القاضي والله أعلم

فصل وأما حكم ماله فهو استحقاق الجعل عندنا استحسانا والكلام
في الجعل في مواضع في بيان أصل الاستحقاق وفي بيان سببه وفي بيان شرطه
وفي بيان من يستحق عليه وفي بيان قدر المستحق أما أصل الاستحقاق فثابت
عندنا استحسانا والقياس أن لا يثبت أصلا كما لا يثبت برد الضالة وقال
الشافعي يثبت بالشرط ولا يثبت بدونه حتى لو شرط الآخذ الجعل على المالك
وجب وإلا فلا وجه قول الشافعي رحمه الله أنه رد مال الغير عليه محتسبا
فلا يستحق الأجر كما لو رد الضالة إلا إذا شرط فيجب بحكم الشرط لقوله صلى
الله عليه وسلم المسلمون عند شروطهم ولنا ما رواه محمد بن الحسن رحمه
الله في الكتاب عن أبي عمرو الشيباني أنه قال كنت قاعدا عند عبد الله بن مسعود
فجاء رجل فقال إن فلانا قدم بإباق من الفيوم فقال القوم لقد أصاب أجرا فقال
عبد الله وجعلا من كل رأس أربعين درهما ولم ينقل أنه أنكر عليه منكر فيكون
إجماعا ولأن جعل الآبق طريق صيانته عن الضياع لأنه لا يوصل إليه بالطلب
عادة إذ ليس له مقام معلوم يطلب هناك ولو لم يأخذه لصاحبه لضاع ولا
يؤخذ لصاحبه ويتحمل مؤنة الأخذ والرد عادة مجانا بلا عوض عادة
فإذا علم أن له عليه جعلا يحمل مشقة الأخذ والرد طمعا في الجعل فيحصل
الصيانة عن الضياع فكان استحقاق الجعل طريق صيانة الآبق عن الضياع
وصيانة المال عن الضياع واجب فكان المالك شارطا للأجر عند الأخذ
والرد دلالة بخلاف الضالة لأن الدابة إذا ضلت فإنها ترعى في المراعي
المألوفة فيمكن الوصول إليها بالطلب عادة فلا تضيع دون الأخذ فلا
حاجة إلى الصيانة بالجعل فإن أخذه آخذ كان في الأخذ والرد محتسبا فلا
يستحق الأجر فهو الفرق **فصل** وأما سبب استحقاق الجعل فهو الأخذ
لصاحبه لأنه طريق الصيانة على المالك وهو معنى السبب **فصل** وأما شرائط
الاستحقاق فأنواع منها الرد على المالك لأن الصيانة تحصل عنده وهو
معنى الشرط أن توجد العلة عند وجوده حتى لو أخذه فمات أو أبق من
يده فالجعل للثاني ولا شيء للأول لأنه لما أبق من يده فقد انفسخ ذلك
السبب أو بقي ذلك سببا محضا لانعدام شرطه وهو الرد على المالك وقد
وجد السبب والشرط من الثاني فكان الأول صاحب سبب محض والسبب
المحض لا حكم له والثاني صاحب علة فيكون الجعل له ولو كان الراد واحدا
والآبق اثنين فله جعلان والواحد لوجود سبب الاستحقاق وشرطه في كل

واحد منهما ولو كان الراد اثنين والابق واحد فلهما جعل واحد بينهما
نصفان لاشتراكهما في مباشرة السبب والشرط ولو كان الراد واحداً والابق
واحداً والمالك اثنين فعليهما جعل واحد على قدر ملكيهما ولو جاء بالابق
فوجد المالك قد مات فله الجعل في تركته لوجود الرد على المالك من حيث المعنى
بالرد على التركة ثم ان كان عليه دين محيط بماله فهو احق بالعبد حتى يعطى
الجعل لما قلنا وان لم يكن له مال سوى العبد يقدم الجعل على ساير الديون
فيباع العبد ويبدا بالجعل من ثمنه ثم يقسم الباقي بين الغرما لانه كان احق
بحبسه من ساير الغرما لاستيفا الجعل وكان احق بثمنه بقدر الجعل
كالمرتهن والله اعلم هذا اذا جاء به اجنبي فوجد المالك قد مات فاما
اذا جاء به وارث الميت فوجد مورثه قد مات فله الجعل عند ابي حنيفة ومحمد
اذا كان المالك حيا وقت الاخذ اذا مات قبل الوصول اليه وجه
قول ابي يوسف انه فات شرط الاستحقاق وهو الرد على المالك لانه رد
على نفسه وجه قولهما ان المجي به من مسيرة ايام مثلا في حال حياة المالك
على قصد الرد رد على المالك فيستحق الجعل كما لو وجده حيا ولهذا لو كان
الراد اجنبيا استحق الجعل لما قلنا كذا هذا ولو جاء به فاعتقه مولاه قبل
ان يرده عليه او باعه منه فله الجعل لما ذكرنا ان المجي به على قصد الرد على
المالك رد عليه والله اعلم ويجب الجعل برد الابق المرهون لوجود سبب
الوجوب وشرطه وهو الرد على المالك الا انه يجب على المرتهن لان منفعة
الصيانة رجعت اليه الا ترى انه لو ضاع لسقط دينه بقدر قيمته فاذا
كانت المنفعة له كانت المضرة عليه لقوله صلى الله عليه وسلم الخراج بالضمان
وسوا كان الراد بالغا او صبيا حرا او عبدا لان الصبي من اهل استحقاق
الاجر بالعمل وكذا العبد الا ان الجعل لمولاه لانه ليس من اهل ملك المال
والله اعلم ومنها ان لا يكون الراد في عيال المالك حتى لو كان في عياله لا جعل
له وارثا كان او اجنبيا لانه اذا كان في عياله كان الرد منه بمنزلة رد المالك
ولانه اذا كان في عياله كان في الرد عاملا لنفسه لان منفعة الرد تعود اليه
ومن عمل لنفسه لا يستحق الاجر على غيره والاصل ان الراد اذا كان في عيال
المالك لا جعل له كاينا من كان وان لم يكن في عياله فله الجعل كاينا من كان الا
الابن يرد ابق ابيه والزوج يرد ابق امراته لانه لا جعل لهما وان لم يكونا في
عيالهما لان الابن وان لم يكن في عيال ابيه فالرد منه يجري مجرى الخدمة لابيه

وعند ابي يوسف لا جعل له وان كان حيا وقت الاخذ صح

والابن لا يستحق الاجرة بالخدمة لابيه لانها مستحقة عليه ولهذا لو استاجر
ابنه ليخدمه لا يستحق الاجر بخلاف الاب معما ان الاولاد في العادات يحفظون
اموال الابا لطمع الانتفاع بها بطريق الارث وكذا الزوج اذا رد عبد زوجته
فقد رد عبد نفسه معنى لانه ينتفع بمالها عادة ولذا لا تقبل شهادة كل واحد
منهما لصاحبه فلا يستحق الجعل واما الاب اذا رد عبد ابنه فان كان في عياله
لا جعل له لان الاجنبي الذي في عياله لا جعل له فالقرابة اولى وان لم يكن في عياله
فله الجعل لان الاب لا يستخدم طبعا وشرعا وعقلا ولهذا لو خدم بالاجارة
وجب الاجر فلا يمكن حمله على الخدمة فيحمل على طلب الاجر وكذا الابا لا
يحفظون اموال الاولاد للانتفاع بها بطريق الارث لان موتهم يتقدم
موت الاولاد عادة فلم يتحقق معنى الرد والعمل لنفسه لذلك افترق
الامران وعلى هذا ساير ذوي الارحام من الاخ والعم والخال وغيرهم ان الراد
ان كان في عيال المالك لا جعل له لما قلنا وان لم يكن في عياله فله الجعل
وعلى هذا الوصي اذا رد عبد اليتيم لا جعل له لان اليتيم في عياله وحفظ
ماله مستحق عليه فلا يستحق الجعل على الرد وكذا عبد الوصي اذا رد عبد
اليتيم والله اعلم ومنها ان يكون المردود مرقوقا مطلقا كالقن والمدبر
وام الولد حتى لو كان مكاتبا لا جعل له لانه مرقوق لا على الاطلاق بل هو فيما
يرجع الى مكاسبه حر ولهذا لم يتناوله اسم المملوك في قول الرجل كل
مملوك لي حر الا بالنية بخلاف المدبر وام الولد لان استحقاق الجعل معلول
بالصيانة عن الضياع ولا حاجة الى الصيانة في المكاتب لانه لا يهرب عادة
لان العقد في جانبه غير لازم فلو لم يقدر على بدل الكتابة لعجز نفسه
الا اذا عجز عن الكسب بخلاف المدبر وام الولد لانهما يستخدمان عادة فلعلهما
يكلفان ما لا يطيقان فيحملهما ذلك على الهرب فتقع الحاجة الى الصيانة
بالجعل كما في القن الا ان الفرق بينهما وبين القن انه اذا جاء بالقن وقد مات
المولى قبل الوصول اليه يلزمه الجعل واذا جاء بالمدبر وام الولد وقد مات
مولاهما قبل الوصول اليه لا جعل له ووجه الفرق ظاهر لانهما يعتقان
بموت السيد فلم يوجد رد المرقوق اصلا فلا يستحق الجعل بخلاف القن والله اعلم

فصل واما بيان من يستحق عليه فالمستحق عليه هو المالك اذا ابق من يده
لان الجعل مونة الرد ومنفعة الرد عايدة الى المالك فكانت المونة عليه ليكون
الخراج بالضمان ولو ابق عبد الرهن من يد المرتهن فالجعل عليه لان منفعة الرد

فكان رادا عبد نفسه معنى او كان بالرد عاملا لنفسه فلا يستحق الاجر صح

ليس صح

مطلق صح

بيعك عكس في غلته ضاف فتنور
و حجر او بلد قبيلة قرينة ضاف تغاز

~~اي كما باخذ مال الغير ضمن الآخذ كما لو امر خرق ثوب رجل بامر غيره ضمن المخرق لا الآمر
اذ الامر لم يصح وفي كل موضع لم يصح الامر لم يضمن الآمر
الآمر لا يضمن الا في اربع الاولى اذا كان الآمر سلطانا اذ امر السلطان اكراه اذا كان المأمور
يعلم عادة انه يعاقبه لو لم يمتثل امره الثانية اذا كان الآمر مولى للمأمور~~

من حيث الظاهر فلا يصح الا موصولا كالاستثناء ولو قال لفلان علي الف درهم
وديعة قرضا او مضاربة قرضا او بضاعة قرضا او قال دينا مكان قوله قرضا
فهو اقرار بالدين لان الجمع بين اللفظين في معناهما ممكن لجواز ان يكون امانة
في الابتداء ثم يصير مضمونا في الانتهاء اذ الضمان قد يطرأ على الامانة كالوديعة
المستهلكة سواء وصل او فصل واما الذي يرجع على قدر المقر به فنوعان احدهما
الاستثناء والثاني الاستدراك اما الاستثناء فنوعان احدهما ان يكون المستثنى
من جنس المستثنى منه والثاني ان يكون من خلاف جنسه وكل واحد منهما اما متصل
واما منفصل فان كان المستثنى من جنس المستثنى منه والاستثناء متصل نحو ان يقول
علي لفلان عشرة دراهم الا ثلاثة دراهم ~~فهو جائز ويلزمه سبعة دراهم~~
فهو جائز سواء كان الاستثناء استثناء القليل من الكثير واستثناء الكثير من القليل
او قال علي عشرة دراهم الا تسعة فيلزمه في الاول سبعة وفي الثاني درهم
اما استثناء الكل من الكل بان يقول لفلان علي عشرة دراهم الا عشرة دراهم فباطل
وعليه عشرة كاملة لان هذا لا يكون استثناء بل يكون رجوعا عن الاقرار
فان كان الاستثناء من خلاف جنسه ان كان المستثنى مما لا يثبت في الذمة
مطلقا كالثوب بان قال له علي عشرة دراهم الا ثوبا لا يصح الاستثناء وعليه
جميع ما اقر به عندنا وان كان المستثنى مما يثبت في الذمة مطلقا
من المكيل والموزون والعددي المتقارب بان قال لفلان علي عشرة دراهم
الا قفيز حنطة او مائة دينار الا عشرة دراهم يصح الاستثناء عند ابي حنيفة
وابي يوسف ويطرح مما اقر به قدر قيمة المستثنى ولو اقر لانسان بدار واستثنى
بناءها لنفسه بان قال هذه الدار لزيد الا بناءها فالاستثناء باطل والارض والبناء
للمقر له لان اسم الدار لا يتناول البناء لغة بل وضع دلالة على العرصة في اللغة وانما البناء
فيها بمنزلة الوصف لكنه يتناول هذه الاجزاء بطريق التضمن ولهذا يدخل البناء
تبعا للفظ حتى لو استحق البناء قبل القبض لا يسقط شيء من الثمن بمقابلته بل يتخير المشتري
فلم يكن المستثنى من جنس المستثنى منه

~~بوكلى بوكون طرف فاضل نه لرندن وارد اولمغه تذكرة عليه لرى مغيرنيه اولمه~~

~~برجولاشون وبوللاشق من كمه تات اوقاتر ليه كوانسمك الشدلميى والتزام~~

واقفا عذرينه حيال

ركن الاقرار اما ان يكون ~~مطلقا~~ خاليا عن القرينة واما ان يكون ملحقا بالقرينة المغيرة
والاول ~~قوله لفلان على كذا~~ اما ان يكون صريحا واما ان يكون دلالة فالصريح
نحو ان يقول لفلان على الف درهم وكذا اذا قال لرجل لى عليك الف درهم
فقال الرجل نعم لان نعم خرجت جوابا للكلام وجواب الكلام اعادة له لغة
كانه قال لك على الف درهم ولو قال له عندى او معى او فى منزلى او فى صندوقى
الف درهم فهو وديعة لان هذه الالفاظ فى متعارف الناس تستعمل فى الودايع
فعند الاطلاق تنصرف اليها واما الدلالة فهى ان يقول له رجل لى عليك الف درهم
فيقول قد قضيتكها لان القضاء اسم لتسليم مثل الواجب فى الذمة فيقتضى
سابقة الوجوب فكان الاقرار بالقضاء اقرارا بالوجوب ثم يدعى الخروج عنه بالقضاء
فلا يصح الا بالبينة واما الملحق بالقرينة المغيرة فله ثلاثة انواع نوع يدخل
على اصل الاقرار ونوع يدخل على وصف المقر به ونوع يدخل على قدره
وكل ذلك قد يكون متصلا وقد يكون منفصلا اما الذى يدخل على اصل
الاقرار فنحو التعليق بمشيئة الله ~~تعالى~~ او بمشيئة فلان متصلا وهذا يمنع صحة
الاقرار اصلا واما الذى يدخل على وصف المقر به فان كان متصلا
بان قال لفلان على الف درهم وديعة يصح ويكون اقرارا بالوديعة
وان كان منفصلا عنه بان سكت ثم قال عنيت به الوديعة لا يصح ويكون
اقرارا بالدين لان ~~البيان المغير لا يصح الا بشرط الوصل~~ كان ثبت قوله على الف
درهم اخبار عن وجوب الالف عليه من حيث الظاهر فاذا قرن به قوله وديعة وحكمها
وجوب الحفظ فقد غير حكم الظاهر من وجوب العين الى وجوب الحفظ فكان بيان تغيير

بان قال لفلان على الف درهم ان شاء فلان فقال فلان شئت كان باطلا وكذلك
كل اقرار علق بالشرط او الخطر نحو ان يقول لفلان على
الف درهم ان دخلت الدار او ان [illegible] او ان جاء [illegible]
ولو اقر بشرط الخيار
بطل الشرط وصح الاقرار
لان الاقرار اخبار عن
ثابت فى الذمة وشرط
الخيار فى معنى الرجوع
والاقرار فى حقوق العباد
لا يحتمل الرجوع

ما يخرج به المرهون فصلندن ١٢ كاغد قدر

جنايت خطاده واذا صار قاضيا

فان كان الفدا مثل الدية او اقل من الدين

واذا صار قاضيا دية المرتهن مما قدر ينظر الى ما قدر
والى قدر قيمة العبد والى الدين فان كان الفدا مثل الدين
وقيمة العبد مثل الدين او اكثر سقط الدين كله وان كان
الفدا اقل من الدين وقيمة العبد مثل الدين او اكثر سقط
من الدين بقدر الفداء وحبس العبد رهنا بالباقي
وان كان الفداء قدر الدين او اكثر وقيمة العبد اقل
من الدين يسقط من الدين قدر قيمة العبد ولا يسقط اكثر
منها لانه لو هلك العبد لا يسقط من الدين اكثر من قيمته
فكذا عند الفداء وان كان العبد نصفه

وبعقد الرهن حدثت له ولاية المطالبة
بالقضاء من ماله المعين وهو الرهن
من مال الغير
بواسطة البيع

ومنها ان يكون المرهون فارغا

او رهن جوالقا دون ما فيه وسلم الجوالق او سلمه مع ما فيه

مر الرهن في مسئلة نل ما ليس للمرتهن مسئلة لو آجره

في محل لا نها بدل منفعة له او لملكه مملوكه

بعيد هذا وليس له ان يعيره في غير المرتهن او من غير الراهن

بعد هذا في الصحيفه واذا جاز للناهي قبل وليس له ان يودع

وان كان ممن لا يتحمل يهلك بما فيه

وان يعمر الشريك المشترك بدون اذن للرجوع ما ملك
ان لم يكن لذاك مضطرا بان امكنه قسمة ذلك المسكن
اما اذا اضطر اذ كان من ابى على التعمير يجبر فان
باذنه او اذن قاضي يرجع وفعله بدون ذا تبرع
ثم اذا اضطر ولا اجبر كما في السفل والجدار يرجع بما
انفقه ان كان بالاذن بنى لذا والا فبقيمة البنا

استصححه العبد الداعی السید ضیا الدین احمد

تملکه منه مع القرطاس ضیا الدین احمد افندی

سرور حرره فی وقت المقابل شرقیت هذا القرطاس

نعود اليه باعادة الحبس الذي هو وسيلة الى استيفاء الدين فان كانت قيمة العبد الراهن
فضل على الدين فقدر الدين على المرتهن والزيادة على الراهن **فصل** واما
بيان قدر المستحق فينظر ان رده من مسيرة ثلاثة ايام فصاعدا فله اربعون
درهما لما روينا من حديث عبد الله بن مسعود رضي الله عنه وان رده فيما دون
ذلك فبحساب ذلك وان رده من اقصى المصر رضخ له على قدر عنايه وتعبه
لان الواجب بمقابلة العمل فيتقدر بقدره الا ان الزيادة على مدة السفر سقط
اعتبارها بالشرع فبقي الواجب في المدة بمقابلة العمل فيزداد بزيادته وينتقص
بنقصانه هذا اذا كانت قيمة العبد اكثر من الجعل فان كانت مثل الجعل او انقص
منه ينتقص من قيمته درهم عند ابي حنيفة ومحمد وقال ابو يوسف له
الجعل تاما وان كانت قيمة العبد درهما واحدا واحتج بما روينا من
حديث عبد الله بن مسعود رضي الله عنه انه قال من كل راس اربعين درهما
اعتبر الراس دون القيمة وجه قولهما ان الواجب معلول بمعنى صيانة
المال عن الضياع على ما ذكرنا ولا فايدة في هذه الصيانة لو اعتبرنا الراس دون
القيمة لانه ان كان يصان من وجه يضيع من وجه اخر فلا فرق بين الضياع
بترك الاخذ والامساك وبين الضياع فلا بد من ان ينتقص من قيمته درهم ليكون
الصون بالاخذ مفيدا والحديث محمول على ما اذا كانت قيمة كل راس اكثر من
اربعين درهما توفيقا بين الدليلين بقدر الامكان والله اعلم

كتاب السباق

الكلام في هذا الكتاب في موضعين في تفسير السباق
وفي بيان شرايط جواز السباق اما الاول فالسباق فعال من السبق وهو ان
يسابق الرجل صاحبه في الخيل او الابل ونحو ذلك فيقول ان سبقتك فلكذا
وان سبقتني فلكذا ويسمى ايضا رهانا فعال من الرهن **فصل** واما شرايط
جوازه فانواع منها ان يكون في الانواع الاربعة الحافر والخف والنصل
والقدم فلا يجوز في غيرها لما روي عن رسول الله صلى الله عليه وسلم انه قال لا
سبق الا في خف او حافر او نصل الا انه زيد عليه السبق في القدم بحديث
عايشة رضي الله عنها فبقي السبق فيما وراها على اصل النفي ولانه لعب واللعب
حرام في الاصل الا ان اللعب بهذه الاشياء صار مستثنا من التحريم شرعا بقوله
صلى الله عليه وسلم كل لعب حرام الا ملاعبة الرجل امراته وقوسه وفرسه حرم
كل لعب واستثنى الملاعبة بهذه الاشياء المخصوصة فبقيت الملاعبة بما وراها
على اصل التحريم اذ الاستثناء تكلم بالباقي بعد الثنيا وكذا المسابقة فصارت مستثناة

بالجعل صح

الخف صح

ناقة

بما روينا من الحديث وبما روي عن سعيد بن المسيب انه قال القصواء ناقة رسول
الله صلى الله عليه وسلم كانت تسبق كلما دفعت في سباق فدفعت يوما في ابل
فسبقت فكانت على المسلمين كآبة ان سبقت فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم
ان الناس اذا رفعوا شيا او ارادوا رفع شي وضعه الله وكذا السبق بالقدم لما
روي عن عايشة رضي الله عنها انها قالت سابقت رسول الله صلى الله عليه وسلم
فسبقته فلما حملت اللحم سابقته فسبقني فقال هذه بتلك فصارت هذه
الانواع مستثناة من التحريم فبقي ما وراها على اصل الحرمة ولان استثناء هذه
الانواع يحتمل ان يكون بمعنى لا يوجد في غيرها وهو الرياضة والاستعداد
لاسباب الجهاد في الجملة وكان لعبا صورة ورياضة وتعلم اسباب الجهاد معنى
فيكون جايزا اذا اجتمع شرايط الجواز ولين كان لعبا لكن اللعب اذا تعلقت به
عاقبة حميدة لا يكون حراما ولهذا استثنى ملاعبة الاهل لتعلق عاقبة حميدة
بها وهو انبعاث الشهوة الداعية الى الوطي الذي هو سبب التوالد والتناسل
والسكن وغير ذلك من العواقب الحميدة وهذا المعنى لا يوجد في غير هذه
الاشيا فلم يكن في معنى المستثنى فبقي تحت المستثنى منه **ومنها** ان يكون
الخطر فيه من احد الجانبين الا اذا دخلا فيه محللا حتى لو كان الخطر من الجانبين
جميعا ولم يدخلا فيه محللا لا يجوز لانه في معنى القمار نحو ان يقول احدهما لصاحبه
ان سبقتني فلك علي كذا وان سبقتك فلي عليك كذا فقبل الاخر ولو قال احدهما
لصاحبه ان سبقتني فلك علي كذا وان سبقتك فلا شي لي عليك فهذا جايز لان
الخطر اذا كان من احد الجانبين لا يحتمل القمار فيحمل على التحريض على استعداد
اسباب الجهاد في الجملة بمال نفسه وذلك امر مشروع كالتنفيل من الامام وبل
اولى لان هذا يتصرف في ماله بالبذل والامام يتصرف في مال الغير فيه
حق في الجملة وهو الغنيمة فلما جاز ذلك فهذا اولى بالجواز وكذا اذا كان
الخطر من الجانبين ولكن ادخلا فيه محللا بان كانوا ثلاثة لكن الخطر من الاثنين
منهم ولا خطر من الثالث بل ان سبق اخذ الخطر وان لم يسبق لا يغرم شيا فهذا
مما لا باس به وكذلك ما يفعله السلاطين وهو ان يقول السلطان لرجلين من
يسبق منكما فله كذا فهو جايز لما بينا ان ذلك من باب التحريض على استعداد
اسباب الجهاد خصوصا من السلطان وكان ملحقا باسباب الجهاد ثم الامام اذا
حرض واحدا من الغزاة على الجهاد بان قال من دخل هذا الحصن اولا فله من النفل
كذا ونحو ذلك جاز كذا هذا وبل اولى لما بينا **ومنها** ان تكون المسابقة فيما يحتمل

ان يسبق ويُسبق من الاربعة حتى لو كانت مما يعلم انه يسبق غالبا لا يجوز لان معنى التحريض لا يتحقق في هذه الصورة فبقي الرهان التزام المال بشرط لا منفعة فيه فيكون عبثا ولعبا والله اعلم

كتاب الوديعة

الكلام في هذا الكتاب في مواضع في بيان ركن العقد وفي بيان شرايط الركن وفي بيان حكم العقد وفي بيان حال المعقود عليه وفي بيان ما يوجب تغير حاله اما ركنه فهو الايجاب والقبول وهو ان يقول لغيره اودعتك هذا الشي او احفظ هذا الشي لي او خذ هذا الشي وديعة عندك وما يجري مجراه ويقبله الاخر فاذا وجد ذلك فقد تم عقد الوديعة **فصل** واما شرايط الركن فانواع منها عقل المودع فلا يصح الايداع من المجنون والصبي الذي لا يعقل لان العقل شرط اهلية التصرفات الشرعية واما بلوغه فليس بشرط عندنا حتى يصح الايداع من الصبي المأذون لانه من اهل الحفظ الا ترى انه اذن له المولي ولو لم يكن من اهل الحفظ لكان الاذن سفها واما الصبي المحجور فلا يصح قبول الوديعة منه لانه لا يحفظ المال عادة الا ترى انه منع عنه ماله ولو قبل الوديعة فاستهلكها فان كانت الوديعة عبدا او امة يضمن بالاجماع وان كانت سوى العبد والامة فان قبلها باذن المولي فكذلك وان قبلها بغير اذنه لا ضمان عليه عند ابي حنيفة ومحمد وعند ابي يوسف يضمن وجه قول ابي يوسف ان ايداعه لو صح فاستهلك الوديعة لوجب الضمان ولو لم يصح جعل كانه لم يكن وصار الحال قبل العقد كالحال بعده ولو استهلكها قبل العقد لوجب عليه الضمان كذا بعده والجامع ان الصبي مواخذ بافعاله ان لم يواخذ باقواله ولهذا وجب عليه الضمان اذا كانت الوديعة عبدا او امة وجه قولهما ان الايداع عند الصبي المحجور اهلاك المال معنى وكان فعل الصبي اهلاكا مالا قايما صورة لا معنى فلا يكون مضمونا عليه ودلالة ما قلنا انه لما وضع المال في يده فقد وضع المال في يد من لا يحفظه عادة ولا يلزمه الحفظ شرعا ولا شك انه لا يجب عليه حفظ الوديعة شرعا لان الصبي ليس من اهل وجوب الشرايع عليه والدليل على انه لا يحفظ الوديعة غالبا انه منع عنه ماله ولو كان يحفظ المال عادة لدفع اليه لقوله تعالى فان انستم منهم رشدا فادفعوا اليهم اموالهم وبهذا فارق المأذون لانه يحفظ المال عادة الا ترى انه دفع اليه ماله ولو لم يوجد الحفظ منه عادة لكان الدفع سفها بخلاف ما اذا كانت الوديعة عبدا او امة لانه هناك لا يجب عليه ضمان المال ايضا وانما يجب عليه ضمان الدم لان الضمان الواجب بمقابلة

م من الصبي المأذون لان ذلك مما يحتاج اليه التاجر فكان من توابع التجارة فيملكه الصبي المأذون كما يملك التجارة وعند الشافعي لا يملك التجارة فلا يملك توابعها وقد ذكرنا المسئلة في كتاب المأذون وكذا حريته ليست بشرط فيملك العبد المأذون الايداع لما قلنا في الصبي المأذون ومنها عقل المودع فلا يصح قبول الوديعة من المجنون والصبي الذي لا يعقل لان حكم هذا العقد هو لزوم الحفظ ومن لا عقل له لا يكون من اهل الحفظ واما البلوغ فليس بشرط حتى يصح قبول الوديعة صح

العبد ضمان الدم لا ضمان المال والعبد من حيث انه ادمي قايم من كل وجه قبل الايداع و بعد الايداع وكذا حريته المودع ليست بشرط لصحة العقد لانه يحتاج الى الايداع والاستيداع على ما ذكرنا في كتاب المأذون فاما العبد المحجور فلا يصح القبول منه لانه لا يحفظ المال عادة ولو قبل الوديعة فاستهلكها فان كانت عبدا او امة يؤمر المولي بالدفع او الفدا وان كانت سواهما فان قبلها باذن المولي يضمن بالاجماع وان قبلها بغير اذن المولي لا يواخذ به في الحال عند ابي حنيفة ومحمد وعند ابي يوسف يواخذ به في الحال والكلام في الطرفين على حسب ما ذكرنا في الصبي المحجور والله اعلم **فصل** واما بيان حكم العقد فحكمه لزوم الحفظ للمالك لان الايداع من جانب المالك استحفاظ ومن جانب المودع التزام الحفظ وهو من اهل الالتزام فيلزمه لقوله صلى الله عليه وسلم المسلمون عند شروطهم والكلام في الحفظ يقع في موضعين احدهما فيما به يحفظ والثاني فيما فيه يحفظ اما الاول فالاستحفاظ لا يخلو اما ان يكون مطلقا او مقيدا فان كان مطلقا فللمودع ان يحفظ بيد نفسه وبيد من في عياله وهو الذي يسكن معه وتمونه فيكفيه طعامه وشرابه وكسوته كاينا من كان قريبا او اجنبيا من ولده وامراته وخادمه واجيره الذي استاجره بالدراهم والدنانير وبيد من ليس في عياله ممن يحفظ ماله بنفسه كشريكه المفاوض والعنان وعبده المأذون وعبده المعتزل عن بيته هذا عندنا وقال الشافعي ليس له ان يحفظ الا بيد نفسه الا ان يستعين بغيره من غير ان يغيب عن عينه حتى لو فعل يدخل في ضمانه وجه قوله ان العقد تناوله دون غيره فلا يملك ايداع غيره كما لا يملك ايداع ساير الاجانب ولنا ان الملتزم بالعقد هو الحفظ والانسان لا يلتزم حفظ مال غيره عادة الا بما يحفظ به مال نفسه وانه يحفظ مال نفسه بيده مرة وبيد هولا اخرى فله ان يحفظ الوديعة بايديهم ايضا وكان الحفظ بايديهم داخلا تحت العقد دلالة وكذا له ان يرد الوديعة على ايديهم حتى لو هلكت قبل الوصول الى المالك لا ضمان عليه لان يدهم يد المودع معنى فما دام المال في ايديهم كان محفوظا بحفظه وليس له ان يدفع الوديعة الى غيرهم الا لعذر حتى لو دفع يدخل في ضمانه لان المالك ما رضي بيده الا ترى انه لا يرضى بحفظ مال نفسه بيده فاذا صار مخالفا فتدخل الوديعة في ضمانه الا اذا كان عن عذر بان وقع في داره حريق او كان في السفينة فخاف الغرق فدفعها الى غيره لان الدفع الى غيره في هذه الحالة تعين طريقا للحفظ فكان الدفع باذن المالك دلالة فلا يضمن ولو اراد السفر ليس له ان يودع لان السفر ليس بعذر ولو اودعها عند

بعد ٢ انه صح

م حتى يصح القبول من العبد المأذون ويترتب عليه احكام العقد صح

م عادة صح

م دفع فقد صح

من ليس له ان يودعه فضاعت في يد الثاني فالضمان على الاول لا الثاني عند ابي حنيفة وعند
ابي يوسف ومحمد المالك بالخيار ان شا ضمن الاول وان شا ضمن الثاني فان ضمن الاول
لا يرجع بالضمان على الثاني وان ضمن الثاني يرجع به على الاول وجه قولهما انه وجد
من كل واحد منهما سبب وجوب الضمان اما الاول فلانه دفع مال الغير الى غيره
بغير اذنه واما الثاني فلانه قبض مال الغير بغير اذنه وكل واحد منهما سبب وجوب
الضمان فخير المالك ان شا ضمن الاول وان شا ضمن الثاني كمودع الغاصب مع الغاصب
غير انه ان ضمن الاول لا يرجع بالضمان على الثاني لانه ملك الوديعة باداء الضمان فتبين
انه اودع مال نفسه اياه فهذا مودعه هلكت الوديعة في يده فلا شي عليه وان ضمن
الثاني يرجع بالضمان على الاول لان الاول غره بالايداع فيلزمه ضمان الغرور كانه كفل
عنه بما يلزمه من العهدة في هذا العقد اذ ضمان الغرور ضمان الكفالة على ما عرف
وجه قول ابي حنيفة ان يد المودع الثاني ليست يد مانعة بل هي يد حفظ
وصيانة الوديعة عن اسباب الهلاك فلا يصلح ان يكون سببا لوجوب الضمان لانه من
باب الاحسان الى المالك وقد قال تعالى ما على المحسنين من سبيل وكان ينبغي ان لا
يجب الضمان على الاول ايضا لان الايداع منه مباشرة سبب الصيانة والحفظ وكان
محسنا فيه الا انه صار مخصوصا عن النص بقي المودع الثاني على ظاهره ولو اودع
غيره وادعى انه فعل عن عذر لا يصدق على ذلك الا ببينة عند ابي يوسف وهو قياس
قول ابي حنيفة كذا ذكر القدوري لان الدفع الى غيره سبب وجوب الضمان في الاصل
فدعوى الضرورة دعوى امر عارض يريد به دفع الضمان عن نفسه فلا يصدق
الا بحجة هذا اذا هلكت الوديعة في يد المودع الثاني فاما اذا استهلكها
فالمالك بالخيار ان شا ضمن الاول وان شا ضمن الثاني بالاجماع غير انه ان ضمن الاول
يرجع بالضمان على الثاني وان ضمن الثاني لا يرجع بالضمان على الاول لان سبب وجوب
وجوب الضمان وجد من الثاني حقيقة وهو الاستهلاك لوقوعه اعجاز المالك
عن الانتفاع بماله على طريق القهر ولم يوجد من الاول الا الدفع الى الثاني على
طريق الاستحفاظ دون الاعجاز الا انه الحق ذلك بالاعجاز وكان الضمان في الحقيقة
على الثاني لان قرار الضمان عليه لذلك رجع الاول على الثاني ولم يرجع الثاني على
الاول بخلاف مودع الغاصب اذا هلك المغصوب في يده ان المالك يتخير ان شا
ضمن الغاصب وان شا ضمن المودع فان ضمن الغاصب لا يرجع بالضمان على المودع
وان ضمن المودع يرجع به على الغاصب وقد مر الفرق وعلى هذا اذا اودع
رجل من رجلين مالا فان كان محتملا للقسمة اقتسماه وحفظ كل واحد منهما

له صح

شرعًا في حق اعتبار التضمين صورة لانه باشر سبب الاعجاز صح

الوديعة عند رجلين

نصفه

نصفه لانه لما اودعه رجلين فقد استحفظهما جميعا فلا بد وان تكون الوديعة
في حفظهما جميعا ولا يكون كذلك الا بالقسم ليكون النصف في يد هذا والنصف
في يد ذاك والمحل محتمل للقسمة فيقتسمانه نصفين ولو سلم احدهما الى
صاحبه فضاعت ضمن المسلم نصف الوديعة عند ابي حنيفة وعند ابي يوسف
ومحمد لا يضمن ولا يضمن القابض شيا بالاجماع وان كانت الوديعة مما لا يحتمل
القسمة فلكل واحد منهما ان يسلم الكل الى صاحبه فاذا فعل فضاع فلا ضمان عليه
بالاجماع وجه قولهما ان المالك لما استحفظهما فقد رضي بيد كل واحد منهما
على كل الوديعة كما اذا لم تكن الوديعة محتملة للقسمة وجه قول ابي حنيفة
ان المالك استحفظ كل واحد منهما في نصف الوديعة لا في كلها وكان راضيا بثبوت يد
كل واحد منهما على البعض دون الكل وهذا لما ذكرنا انه لما استحفظهما
جميعا فلا بد وان يكون المال في حفظهما جميعا ولا يمكن ان يكون كله في يد كل واحد
منهما للاستحالة فيقسم ليكون النصف في يد احدهما والنصف في يد الاخر
فاذا كان المحل محتملا للقسمة لم يكن راضيا بكون الكل في يد احدهما فاذا فعل
فقد خالف فدخل في ضمانه فاذا ضاع ضمن بخلاف ما اذا لم يكن محتملا للقسمة
لانه اذا لم يحتمل القسمة تعذر ان يكون كله في حفظ كل واحد منهما على التوزيع
في زمان واحد فكان راضيا بكونه في يد كل واحد منهما في زمانين على التهاني فلم
يصر مخالفا بالدفع فهو الفرق وعلى هذا الخلاف الذي ذكرنا المرتهنان
والوكيلان بالشرا اذا كان المرهون والمشترى مما يحتمل القسمة فسلمه احدهما
الى صاحبه والله اعلم واما الثاني وهو الكلام فيما يحفظ فيه الوديعة فان كان
العقد مطلقا فله ان يحفظها فيما يحفظ فيه مال نفسه من داره وحانوته
وكيسه وصندوقه لانه ما التزم حفظها الا فيما يحفظ فيه مال نفسه وليس
له ان يحفظ في حرز غيره لان حرز غيره في يد ذلك الغير ولا يملك الحفظ بيد
غيره فلا يملكه بما في يده ايضا الا اذا استاجر حرزا لنفسه فله ان يحفظ فيه لان
الحرز في يده فما في الحرز يكون في يده ايضا وكان حافظا بيد نفسه فملك
ذلك وله ان يحفظ في الحضر والسفر بان يسافر بها عند ابي حنيفة رحمه الله
سوا كان للوديعة حمل ومونة او لم يكن وعند ابي يوسف ان كان لها حمل
ومونة لا يملك المسافرة بها وان لم يكن يملك وعند الشافعي لا يملك كيف ما كان
اما الكلام مع الشافعي فوجه قوله ان المسافرة بالوديعة تضييع لها لان المفازة
مضيعة قال النبي صلى الله عليه وسلم المسافر وماله على قلت الا ما وقى الله تعالى

ومحمد صح

فكان التحول اليها تضييعا فلا يملكه المودع ولنا ان الامر بالحفظ صدر مطلقا عن
تعيين المكان فلا يجوز التعيين الا بدليل وقوله المفازة مضيعة قلنا اذا كان
الطريق مخوفا فاما اذا كان امنا فلا والكلام فيما اذا كانت الطريق امنة والحديث
محمول على ابتدا الاسلام حين كانت الغلبة للكفرة وكانت الطرق مخوفة وبخربه
نقول فاما الكلام مع اصحابنا فوجه قولهما ان المسافرة بما له حمل ومونة
ضررا بالمالك لجواز ان يموت المودع في السفر فيحتاج الى الاسترداد من موضع لا
يمكنه ذلك الا بحمل ومونة عظيمة فيتضرر به ولا كذلك اذا لم يكن لها حمل
ومونة وجه قول ابي حنيفة رحمه الله على نحو ما ذكرنا مع الشافعي ان الامر بالحفظ لا يتعرض
لمكان دون مكان ولا يجوز تقييد المطلق من غير دليل قولهما فيه ضرر
قلنا هذا النوع من الضرر ليس بغالب فلا يجب دفعه على انه ان كان فهو
الذي اضر بنفسه حيث اطلق الامر ومن لم ينظر لنفسه لا ينظر له هذا
اذا كان العقد مطلقا عن شرط في الفصلين جميعا واما اذا شرط فيه شرطا
نظر في ذلك ان كان شرطا يمكن اعتباره ويفيد اعتبر والا فلا بيان ذلك
اذا امره بالحفظ وشرط عليه ان يمسكها بيده ليلا ونهارا ولا يضعها من يده
فالشرط باطل حتى لو وضعها في بيته او فيما يحرز فيه ماله عادة وضاعت
لا ضمان عليه لان امساك الوديعة بيده دايما بحيث لا يضعها اصلا غير مقدور
له عادة وكان شرطا لا يمكن مراعاته فيلغو ولو امره بالحفظ ونهاه ان يدفعها
الى امراته او الى عبده او ولده الذي هو في عياله او الاجنبي الذي هو في عياله او من
يحفظ مال نفسه بيده عادة نظر في ذلك ان كان لا يجد بدا من الدفع اليه له
ان يدفع لانه اذا لم يجد بدا من الدفع اليه ليس له ان يدفع ولو دفع يدخل في
ضمانه لانه اذا كان له منه بد في الدفع اليه امكن اعتبار الشرط وهو مفيد لان الايدي
في الحفظ متفاوتة والاصل في الشروط اعتبارها ما امكن ولو قال لا تخرج بها
من الكوفة فخرج بها تدخل في ضمانه لانه شرط يمكن اعتباره وهو مفيد لان
الحفظ في المصر اكمل من الحفظ في السفر اذ السفر موضع الخطر الا اذا خاف
التلف عليها فاضطر الى الخروج بها فخرج لا تدخل في ضمانه لان الخروج بها في
هذه الحالة طريق متعين للحفظ كما اذا وقع في داره حريق او كان في سفينة فخاف
الغرق فدفعها الى غيره ولو قال احفظ الوديعة في دارك هذه فحفظها في دار
له اخرى فان كانت الداران في الحرز سوا او كانت الثانية احرز لا تدخل في ضمانه
لان التقييد غير مفيد وان كانت الاولى احرز من الثانية تدخل في ضمانه لان التقييد

ممنوع او نقول صح

كان النهي عن الدفع نهيا عن الحفظ نكان سفها فلا يصح نهيه وان كان يجد بدا من الدفع اليه صح

سواء صح

عند تفاوت الحرز مفيد وان كانت الاولى احرز وكذلك لو امره ان يضعها
في داره في هذه القرية ونهاه عن ان يضعها في داره في قرية اخرى فهو على هذا
التفصيل ولو قال له احباها في هذا البيت واشار الى هذا بيت معين
من داره فخباها في بيت اخر في تلك الدار لا تدخل في ضمانه لان البيتين
من دار واحدة لا يختلفان في الحرز عادة بخلاف الدارين فلا يكون التعيين
مفيدا حتى لو تفاوتا بان كان الاول احرز من الثاني تدخل في ضمانه والاصل
المحفوظ في هذا الباب ما ذكرنا ان كل شرط يمكن مراعاته ويفيد فهو معتبر
وكل شرط لا يمكن مراعاته ولا يفيد فهو هدر وهذا عندنا وعند الشافعي
رحمه الله يجب مراعاة الشروط في المواضع كلها حتى ان المامور بالحفظ في
بيت معين لا يملك الحفظ في بيت اخر من دار واحدة وجه قوله ان الاصل
اعتبار تصرف العاقل على الوجه الذي اوقعه فلا يترك هذا الاصل
الا لضرورة ولم توجد وصار كالدارين والجواب نعم اذا تعلقت به عاقبة
حميدة فاما اذا اخرج مخرج السفه والعبث فلا والتعيين عند انعدام التفاوت
في الحرز يجري مجرى العبث كما اذا قال له احفظ بيمينك ولا تحفظ بشمالك
او احفظ في هذه الزاوية من البيت ولا تحفظ في الزاوية الاخرى لا يصح التعيين
لانعدام الفايدة حتى لو تفاوتا في الحرز يصح بخلاف الدارين لان الاصل
في الدارين اختلاف الحرز فكان التعيين مفيدا حتى لو لم تختلف فالجواب
فيهما كالجواب في البيتين والله اعلم **فصل** واما بيان حال الوديعة فحالها
انها في يد المودع امانة لان المودع موتمن فكانت الوديعة امانة في يده
ويتعلق بكونها امانة احكام منها وجوب الادا عند طلب المالك لقوله تعالى
ان الله يامركم ان تودوا الامانات الى اهلها حتى لو حبسها بعد الطلب
فضاعت ضمن وهذا اذا كانت الوديعة لرجل واحد فاما اذا كانت
لرجلين مشاعا فجاء احدهما وطلب حصته لا يجبر على الادا بان اودع رجلان رجلا
وديعة دراهم او دنانير او ثيابا وغابا ثم جا احدهما وطلب بعضها وابا المستودع
ذلك لم يامره القاضي بدفع شي منه ما لم يحضر الغايب عند ابي حنيفة رحمه الله
وقال ابو يوسف اقسم ذلك وادفع اليه حصته وهو قول محمد ولا يكون ذلك
قسمة جايزة على الغايب بلا خلاف حتى لو هلك الباقي في يد المودع ثم جا
الغايب له ان يشارك صاحبه في المقبوض عندهم جميعا ولو هلك المقبوض في
يد القابض ثم جا الغايب فليس للقابض ان يشارك الغايب في الباقي

وت

وديعة اثنين عند واحد

فجاء صح

والضمان ... من ذوات الامثال ... من ذوات القيم ... ان ياخذ نصيبه بالاجماع

وجه قولهما ان الاخذ باخذ حصته متصرف في ملك نفسه فكان له ذلك
من غير حضرة الغايب كما اذا كان لرجلين دين مشترك على رجل فجا احدهما
وطلب حصته من الدين فانه يدفع اليه حصته لما قلنا كذا هذا ووجه
قول ابي حنيفة رحمه الله ان المودع لو دفع شيا الى الشريك الحاضر لا يخلوا
اما ان يدفع اليه من النصيبين جميعا واما ان يدفع اليه من نصيبه خاصة
لا سبيل الى الاول لان دفع نصيب الغايب اليه ممتنع شرعا ولا سبيل الى
الثاني لان نصيبه شايع في كل الالف لكون الالف مشتركة بينهما ولا يتميز الا
بالقسمة والقسمة على الغايب غير جايزة وقد سلما ذلك حتى قالا اذا جا الغايب
وقد هلك الباقي له ان يشارك القابض في المقبوض ولو نفذت القسمة
لما شاركه فيه لتميز حقه عن حق صاحبه بالقسمة والقياس على الدين المشترك
غير سديد لان الغريم يدفع نصيب احد الشريكين يدفع مال نفسه لا مال
شريكه وها هنا يدفع مال الغايب بغير اذنه فلا يستقيم القياس ولو كان
في يده الف درهم فجاه رجلان وادعى كل واحد منهما انه اودعه اياها فقال
المودع اودعنيها احدكما ولست ادري ايكما هو فهذا في الاصل لا يخلوا من
احد وجهين اما ان اصطلح المدعيان على ان ياخذ الالف ويكون بينهما
واما ان لم يصطلحا وادعى كل واحد منهما ان الالف له خاصة لا لصاحبه فان
اصطلحا على ذلك فليس لهما ذلك وليس للمودع ان يمتنع عن تسليم الالف
اليهما لانه اقر ان الالف لاحدهما واذا اصطلحا على انها تكون بينهما الا يمتنعان
عن ذلك وليس لهما ان يستحلفا المودع بعد الصلح وان لم يصطلحا وادعى
كل واحد منهما ان الالف له لا يدفع الى احدهما شيا لجهالة المقر له بالوديعة
ولكل واحد منهما ان يستحلف المودع فان استحلفه كل واحد منهما فالامر لا
يخلوا اما ان يحلف لكل واحد منهما واما ان ينكل لكل واحد منهما واما ان
يحلف لاحدهما وينكل للاخر فان حلف لهما فقد انقطعت خصومتهما
للحال الى وقت الاقامة البينة كما في ساير المواضع وهل يملكان الاصطلاح
على اخذ الالف بينهما بعد الاستحلاف فهو على الاختلاف المعروف بين
ابي حنيفة وابي يوسف وبين محمد رحمهم الله تعالى على قولهما لا يملكان
وعلى قول محمد يملكان وهي مسلة الصلح بعد الحلف وقد مرت
في كتاب الصلح وان نكل لهما يقضي بالالف بينهما نصفين ويضمن الفا
اخرى بينهما فيحصل لكل واحد منهما الف كامل لان كل واحد منهما يدعي

الغايب صح

ان

ان كل الالف له فاذا نكل له والنكول بذل او اقرار وكانه بذل لكل واحد
منهما الفا او اقر لكل واحد منهما بالف فيقضي عليه بالف بينهما ويضمن ايضا
الفا اخرى تكون بينهما ليحصل لكل واحد منهما الف تام ولو حلف لاحدهما
ونكل للاخر قضي بالالف للذي نكل له ولا شي للذي حلف له لان النكول
حجة من نكل له لا حجة من حلف له ومنها وجوب الادا الى المالك لان
الله تعالى امر باداء الامانات الى اهلها واهلها مالكها حتى لو ردها الى منزل المالك
فجعلها فيه او دفعها الى من هو في عيال المالك دخلت في ضمانه حتى لو ضاعت
يضمن بخلاف العارية فان المستعير لو جا بمتاع العارية والقاها في دار المعير
او جا بالدابة وادخلها في اصطبله كان ردا صحيحا لان ظاهر النص الذي
تلونا ان لا يصح به الا انها صارت مخصوصة عن عموم الامانات فبقيت
الوديعة على ظاهره ولان القياس في الموضعين ما ذكرنا من لزوم الرد الى
المالك الا انا استحسنا في العارية للعادة الجارية فيها بردها الى بيت المالك
او الدفع الى من في عياله حتى لو كانت العارية شيا نفيسا كعقد جوهر ونحو
ذلك لا يصح الرد لانعدام جريان العادة بذلك في الاشيا النفيسة ولم يجر
به العادة في باب الوديعة فتبقى على اصل القياس ولان مبنى الايداع على
الستر والاخفا عادة فان الانسان انما يودع ماله غيره سرا عن الناس لما
يتعلق به من المصلحة فلو رد على غير المالك لانكشف اذ السر اذا جاوز اثنين
يفشو فيفوت المعنى المجعول له الايداع بخلاف العارية لان مبناها على
الاعلان والاظهار لانها شرعت لحاجة المستعير الى استعمالها في حوايجه
ولا يمكنه الاستعمال سرا عن الناس عادة فالرد الى غير المالك لا يفوت ما
شرعت له العارية فهو الفرق والله اعلم ومنها انها لو ضاعت من
يد المودع بغير صنعه لا يضمن لما روي عن رسول الله صلى الله عليه وسلم انه
قال ليس على المستعير غير المغل ضمان ولا على المستودع غير المغل ضمان ولان
يده يد المالك فالهلاك في يده كالهلاك في يد المالك وكذا اذا دخلها نقص
لان النقصان هلاك بعض الوديعة وهلاك الكل لا يوجب الضمان فهلاك
البعض اولى ومنها ان المودع مع المودع لو اختلفا فقال المودع هلكت
او قال رددتها اليك وقال المالك بل استهلكتها فالقول قول المودع لان
المالك يدعي على الامين امرا عارضا وهو التعدي والمودع مستصحب لحال
الامانة فكان متمسكا بالاصل فكان القول قوله لكن مع اليمين لان التهمة قايمة

فيستحلف دفعا للتهمة وكذلك اذا قال المودع استهلكتها من غير اذن فقال
المالك استهلكتها او غيرك بامرك ان القول قول المودع لما قلنا ولو قال
المودع انها قد ضاعت ثم قال بعد ذلك بل كنت رددتها اليك او همت لم
يصدق وهو ضامن لانه بدعوى الضياع ونفى الهلاك بدعوى الرد صار
نافيا ما اثبته مثبتا ما نفاه وهذا تناقض فلا يسمع منه دعوى الضياع والرد
لان المتناقض لا قول له ولانه لما ادعى دعوتين واكذب نفسه في كل
واحدة منهما فقد ذهبت امانته فلا يقبل قوله **فصل** واما بيان ما
يغير حال المعقود عليه فالمغير لها من الامانة الى الضمان انواع منها ترك
الحفظ لانه بالعقد التزم حفظ الوديعة على وجه لو ترك حفظها حتى هلكت
يضمن بدلها وذلك بطريق الكفالة ولهذا لو راى انسانا يسرق الوديعة
وهو قادر على منعه فلم يمنعه يضمن لترك الحفظ الملتزم بالعقد وهذا
معنى قول مشايخنا ان المودع يؤاخذ بضمان العقد ومنها ترك الحفظ
للمالك بان خالف في الوديعة بان كانت الوديعة ثوبا فلبسه او دابة فركبها
او عبدا فاستخدمه او اودعها من ليس في عياله ولا هو ممن يحفظ ماله بيده
عادة لان الملتزم بالعقد هو الحفظ للمالك فاذا حفظ لنفسه فقد ترك
الحفظ للمالك فدخلت في ضمانه وحكي عن الفقيه ابي جعفر الهندواني رحمه
الله انه منع دخول العين في ضمانه في المناظرة حين قدم بخارا وسئل
عن هذه المسألة وهذا خلاف اطلاق الكتاب فانه قال يبرى عن الضمان
والبراءة عن الضمان بعد الدخول في الضمان يكون وكذلك المودع مع المودع
اذا اختلفا فقال المودع هلكت الوديعة او قال رددتها وقال المالك
بل استهلكتها ان كان قبل الخلاف فالقول قول المودع وان كان بعده
فالقول قول المالك ونحو ذلك مما يدل على دخول الوديعة في ضمانه
بالخلاف ولو خالف في الوديعة ثم عاد الى الوفاق يبرأ عن الضمان عند
علمائنا الثلاثة وعند زفر والشافعي لا يبرأ عن الضمان وجه قولهما
ان الوديعة لما دخلت في ضمان المودع بالخلاف فقد ارتفع العقد فلا يعود
الا بالتجديد ولم يوجد وصار كما اذا جحد الوديعة ثم اقر بها وكذلك
المستعير والمستاجر اذا خالفا ثم عادا الى الوفاق لا يبرآن عن الضمان لما قلنا
كذا هذا ولنا انه بعد الخلاف مودع والمودع اذا هلكت الوديعة في يده
من غير صنعه لا ضمان عليه كما قبل الخلاف والدلالة انه بعد الخلاف مودع

م انت صح
م اليك صح
م نفي الرد صح

لان

ان المودع من يحفظ مال غيره له بامره لان الامر تناول ما بعد الخلاف قوله الوديعة
دخلت في ضمان المودع فيرتفع العقد قلنا معنى الدخول في ضمان المودع انه انعقد
سبب وجوب الضمان موقوفا وجوبه على وجود شرطه وهو الهلاك في حال
الخلاف لكن هذا لم يوجب ارتفاع العقد الا ترى ان من وكل انسانا ببيع عبد
بالفي درهم فباعه بالف وسلمه الى المشتري يدخل العبد في ضمانه لانعقاد سبب
وجوب الضمان وهو تسليم مال الغير الى الغير بغير اذنه ومع ذلك بقي العقد
حتى لو استرده كان له ان يبيعه بالفين كذا هذا على انا ان سلمنا ان العقد انفسخ لكن في
قدر ما فات من حكمه وهو الحفظ الملتزم للمالك في زمان الخلاف لا فيما بقي
في المستقبل كما اذا استحفظه باجر كل شهر كذا فترك الحفظ في بعض الشهر ثم
اشتغل به في الباقي بقي العقد في الباقي حتى يستحق الاجر بقدره والجامع بينهما ان
الارتفاع لضرورة فوات حكم العقد فلا يظهر الا في قدر الفائت بخلاف الاجارة
والاعارة لان الاجارة تمليك المنافع وهي تمليك منافع مقدرة بالمكان او بالزمان
فاذا بلغ المكان المذكور فقد انتهى العقد لانتهاء حكمه فلا يعود الا بالتجديد
وكذلك الاعارة لانها تمليك المنفعة عندنا الا انها تمليك المنفعة بغير عوض
والاجارة تمليك المنافع بعوض فاما حكم عقد الوديعة فلزوم الحفظ للمالك
مطلقا او شهرا او زمان ما بعد الخلاف داخل في المطلق والموقت فلا ينتهي بالخلاف
بل يتقرر فهو الفرق والله اعلم ومنها جحود الوديعة في وجه المالك
عند طلبه حتى لو قامت البينة على الايداع او نكل المودع عن اليمين او اقر به دخلت
في ضمانه لان العقد لما ظهر بالحجة فقد ظهر ارتفاعه بالجحود او عنده لان المالك
لما طلب منه الوديعة فقد عزله عن الحفظ والمودع لما جحد الوديعة حال حضرة
المالك فقد عزل نفسه عن الحفظ فانفسخ العقد فبقي مال الغير في يده بغير
اذنه فيكون مضمونا عليه فاذا هلك تقرر الضمان ولو جحد الوديعة ثم اقام
البينة على هلاكها فهذا لا يخلو من ثلاثة اوجه اما ان اقام البينة على انها
هلكت بعد الجحود او مطلقا فان اقام البينة على انها هلكت بعد الجحود او مطلقا
لا تسمع بينته لان العقد ارتفع بالجحود او عنده فدخل العين في ضمانه فالهلاك
بعد ذلك يقرر الضمان لا انه يسقطه وان اقام البينة على انها هلكت قبل الجحود
تسمع بينته ولا ضمان عليه لان الهلاك قبل الجحود لما ثبت بالبينة فقد ظهر انتهاء
العقد قبل الجحود فلا يتصور ارتفاعه بالجحود فظهر ان الوديعة هلكت من
غير صنعه فلا يضمن ولو ادعى الهلاك قبل الجحود ولا بينة له وطلب يمين المودع حلفه

ط وهو بعد الخلاف والاشتغال بالحفظ حافظ مال المالك له بامره صح
م حقه صح
م او قبل الجحود صح

بالله ما يعلم انها هلكت قبل جحوده لان الاصل في الاستحلاف ان الذي يستحلف عليه لو كان امرا
لو اقر به الحالف للزمه فاذا انكره يستحلف وها هنا كذلك لان المالك لو اقر
بالهلاك قبل الجحود يقبل منه ويسقط الضمان عن المودع فاذا انكره يستحلف على
العلم لانه يستحلف على فعل غيره والله اعلم هذا اذا جحد حال حضرة المالك فان
جحد عند غير المالك حال غيبته قال ابو يوسف لا يضمن وقال زفر يضمن في
الحالين جميعا وجه قول زفر ان هو سبب وجوب الضمان لا يختلف بالحضرة
والغيبة كساير الاسباب وجه قول ابي يوسف ان الجحود سبب الضمان
من حيث انه يرفع العقد بالعزل على ما بينا ولا يصح العزل حال الغيبة فلا يرتفع
العقد ولان الجحود عند غير المالك حال غيبته معدود من باب الحفظ والصيانة
عرفا وعادة لان مبنى الايداع على الستر والاخفا فكان الجحود عند غير المالك حال
غيبته حفظا معنى فكيف يكون سببا لوجوب الضمان ومنها الاتلاف حقيقة
او معنى وهو اعجاز المالك عن الانتفاع بالوديعة لان اتلاف مال الغير بغير اذنه
سبب لوجوب الضمان حتى لو طلب الوديعة فمنعها المودع مع القدرة على
الدفع والتسليم اليه حتى هلكت يضمن لانه لما حبسها عنه فقد عجز عن الانتفاع
بها للحال فدخلت في ضمانه فاذا هلكت تقرر العجز فيجب الضمان ولو امر غيره
بالاتلاف فادعى انه كان بامر المالك لا يصدق الا ببينة لان الاتلاف سبب لوجوب
الضمان في الاصل فقوله كان باذن المالك دعوى امر عارض فلا يقبل الا بحجة
ولو اختلطت بماله بنفسه من غير صنعه لا يضمن وهو شريك لصاحبها اما
عدم وجوب الضمان فلانعدام الاتلاف منه بل تلفت بنفسها لانعدام الفعل
من جهته واما كونه شريكا لصاحبها فلوجود معنى الشركة وهو اختلاط
الملكين ولو اودعه رجلان كل واحد منهما الف درهم فخلط المودع المالين
خلطا لا يتميز فلا سبيل لهما على اخذ الدراهم ويضمن المودع لكل واحد
منهما الفا ويكون المخلوط له وهذا قول ابي حنيفة وقال ابو يوسف
ومحمد هما بالخيار ان شاءا اقتسما المخلوط نصفين وان شاءا ضمنا المودع
الفين وعلى هذا الخلاف ساير الموزونات والمكيلات اذا خلط الجنس
بالجنس خلطا لا يتميز كالحنطة بالحنطة والشعير بالشعير والدهن بالدهن
وجه قولهما ان الوديعة قايمة بعينها لكن عجز المالك عن الوصول
اليها بعارض الخلط فان شاءا اقتسما لاعتبار جهة القيام وان شاءا ضمنا لاعتبار
جهة العجز وجه قول ابي حنيفة رحمه الله انه لما خلطهما خلطا لا يتميز

خلط
م وكذلك المودع اذا
الوديعة بماله خلطا لا يتميز
يضمن لانه اذا كان لا يتميز
فقد عجز المالك عن الانتفاع
بالوديعة فكان الخلط منه
اتلافا فيضمن ويصير ملكا
له بالضمان وان مات كان
ذلك بجميع الغرماء والمودع
اسوة الغرماء فيه صح

فقد

فقد اعجز كل واحد منهما عن الانتفاع بالمخلوط فكان الخلط منه اتلاف الوديعة
على كل واحد منهما فيضمن ولهذا ثبت اختيار التضمين عندهما واختيار التضمين
لا يثبت الا بوجود الاتلاف دل ان الخلط منه وقع اتلافا ولو اودعه رجل حنطة
واخر شعيرا فخلطهما فهو ضامن لكل واحد مثل حقه عند ابي حنيفة رحمه
الله وعندهما لهما ان ياخذا العين ويبيعا ويقتسما الثمن على قيمة الحنطة
مخلوطة بالشعير وعلى قيمة الشعير غير مخلوط بالحنطة لان الحنطة تنتقص
بالخلط بالشعير وهو يستحق العين بخلاف قيمة الشعير تزداد بالخلط بالحنطة
وتلك الزيادة ملك الغير فلا يستحقها صاحب الشعير ولو انفق المودع بعض
الوديعة يضمن ما انفق ولا يضمن الباقي لانه لم يوجد منه الا اتلاف قدر ما
انفق ولو رد مثله فخلطه بالباقي يضمن الكل لوجود اتلاف الكل منه النصف
بالانفاق والنصف الباقي بالخلط لكون الخلط اتلافا على ما بينا ولو اخذ بعض
دراهم الوديعة لينفقه فلم ينفق ثم رده الى موضعه بعد ايام فضاع لا ضمان
عليه عندنا وعند الشافعي يضمن وجه قوله ان الاخذ حصل على وجه
التعدي فيضمن كما لو انتفع به ولنا ان نفس الاخذ ليس باتلاف ونية
الاتلاف ليس باتلاف فلا يوجب الضمان والاصل فيه ما روي عن رسول الله
صلى الله عليه وسلم انه قال ان الله تعالى قال عفا عن امتي ما حدثت به انفسهم
ما لم يتكلموا او يفعلوا ظاهر الحديث يقتضي ان يكون ما حدثت به النفس عفوا
على العموم الا ما خص بدليل وعلى هذا الخلاف اذا اودعه كيسا مشدودا
فحله المستودع او صندوقا مقفلا ففتح القفل ولم ياخذ منه شيا حتى ضاع
ولو مات المودع فان كانت الوديعة قايمة بعينها ترد عليه لان هذا عين ماله
ومن وجد عين ماله فهو احق به على لسان رسول الله صلى الله عليه وسلم وان
كانت لا تعرف بعينها فهي دين في تركته يحاص الغرما لانه لما مات
مجهلا للوديعة فقد اتلفها معنى لخروجها من ان يكون منتفعا بها في حق المالك
بالتجهيل وهو تفسير الاتلاف ولو قال الورثة انها هلكت او ردت على
المالك لا يصدقون على ذلك لان الموت مجهلا سبب لوجوب الضمان لكونه اتلافا
وكان دعوى الهلاك والرد دعوى امر عارض فلا يقبل الا بحجة ويحاص المودع
الغرما لانه دين الاستهلاك على ما ذكرنا فيساوي دين الصحة والله اعلم بالصواب

كتاب العارية

الكلام في هذا الكتاب
في مواضع في بيان ركن العارية وفي بيان شرايط الركن وفي بيان حكم العقد

م لان الخلط اتلاف
م قيمة صح
م يستحق الثمن لقيام
الحق في العين وهو
صح

وفي بيان صفة الحكم وفي بيان حال المستعار وفي بيان ما يوجب
تغيير حاله اما ركن العارية فهو الايجاب من المعير فاما القبول من المستعير
فليس بركن عند اصحابنا الثلاثة استحسانا والقياس ان يكون ركنا وهو
قول زفر كما في الهبة حتى ان من حلف لا يعير فلانا فاعاره ولم يقبل يحنث
كما اذا حلف لا يهب فلانا شيا فوهبه ولم يقبل وهي مسلة كتاب الهبة
والايجاب هو ان يقول اعرتك هذا الشي او منحتك هذا الثوب او هذه الدار
او اطعمتك هذه الارض او هذه الارض لك طعمة او اخدمتك هذا العبد او
هذا العبد لك خدمة او حملتك على هذه الدابة اذا لم ينو به الهبة او داري
لك سكنى او داري لك عمرى سكنى اما لفظة الاعارة فصريح في بابها واما
المنحة فهي اسم للعطية التي ينتفع الانسان بها زمانا ثم يردها على صاحبها
وهو معنى العارية قال النبي صلى الله عليه وسلم المنحة مردودة ومنحة
الارض زراعتها قال صلى الله عليه وسلم ازرعها او امنحها اخاك وهذا الاطعام
المضاف الى الارض هو اطعام منافعها التي تحصل فيها بالزراعة من غير عوض
عرفا وعادة وهو معنى العارية واما اخدام العبد اياه فجعل خدمته له بغير
عوض وهو تفسير العارية وكذا قوله داري لك سكنى او عمرى سكنى هو
جعل سكنى الدار له من غير عوض وسكنى الدار منفعتها المطلوبة بها عادة
فقد اتى بمعنى الاعارة واما قوله حملتك على هذه الدابة فانه يحتمل الاعارة والهبة
فاي ذلك نوى فهو على ما نوى لانه ما يحتمله لفظه وعند الاطلاق ينصرف
الى العارية لانها ادنى فكان الحمل عليها اولى ولو قال داري لك رقبى او
حبيس باطل وهي مسلة كتاب الهبة **فصل** واما الشرايط التي يصير
الركن بها اعارة شرعا فانواع منها العقل فلا تصح الاعارة من المجنون
والصبي الذي لا يعقل فاما البلوغ فليس بشرط عند نا حتى تصح الاعارة من
الصبي المادون لانها من توابع التجارة وانه يملك التجارة فيملك ما هو من
توابعها وعند الشافعي رحمه الله لا يملك وهي مسلة كتاب المادون وكذا الحرية
ليست بشرط فيملكها العبد المادون لانها من توابع التجارة فيملك بملك التجارة
ومنها القبض من المستعير فيما يمكن الانتفاع به بدون استهلاكه فان لم يمكن
لا تصح اعارته لان حكم العقد ثبت في المنفعة لا في العين الا اذا كانت ملحقة
بالمنفعة على ما نذكر **فصل** واما بيان حكم العقد فالكلام فيه في
موضعين احدهما في بيان اصل الحكم والثاني في بيان وصفه اما الاول

م او قال هو لك منحة صح

م نوى صح

م فهو عارية عند ابي حنيفة ومحمد وقال ابو يوسف هبة وقوله رقبى وحبيس صح ط تصح

م لان الاعارة عقد تبرع فلا يفيد الحكم بنفسه بدون القبض كالهبة ومنها ان يكون المستعار
صح

فهو

فهو ملك المنفعة للمستعير بغير عوض او ما هو ملحق بالمنفعة عرفا وعادة
عندنا وعند الشافعي اباحة المنفعة حتى يملك المستعير الاعارة في الجملة عندنا
~~وعند الشافعي اباحة المنفعة~~ كالمستاجر يملك الاجارة وعنده لا يملك الاعارة اصلا
كالمباح له الطعام لا يملك الاباحة من غيره وجه قول الشافعي دلالة الاجماع
والمعقول اما الاول فانا اجمعنا على جواز العقد من غير اجل ولو كان تمليك
المنفعة لما جاز من غير اجل كالاجارة وكذا المستعير لا يملك ان يواجر العارية
ولو ثبت الملك له في المنفعة لملك كالمستاجر واما المعقول فهو ان القياس
يابى تمليك المنفعة لانه بيع المعدوم لانعدام المنفعة حالة العقد والمعدوم
لا يحتمل البيع ولانه بيع ما ليس عند الانسان وقد نهى رسول الله صلى الله عليه
وسلم عنه الا انها جعلت موجودة عند العقد في باب الاجارة حكما للضرورة
ولا ضرورة الى الاعارة فبقيت المنافع فيها على اصل العدم ولنا ان المعير
سلطه على تحصيل المنافع وصرفها الى نفسه على وجه زالت يده عنها والتسليط
على هذا الوجه يكون تمليكا لا اباحة كما في الاعيان وانما صح من غير اجل لان
بيان الاجل للتحرز عن الجهالة المفضية الى المنازعة والجهالة في باب الاعارة
لا تفضي الى المنازعة لانها عقد جايز غير لازم ولهذا المعنى لا يملك الاجارة لانها
عقد لازم والاعارة عقد غير لازم فلو ملك الاجارة لكان فيه اثبات صفة اللزوم
بما ليس بلازم او سلب صفة اللزوم عن اللازم وكل ذلك باطل واما قوله
المنافع منعدمة عند العقد فنعم لكن هذا لا يمنع جواز العقد كما في الاجارة
وهذا لان العقد الوارد على المنفعة عندنا عقد مضاف الى حين وجود المنفعة فلا
ينعقد في حق الحكم الا عند وجود المنفعة شيا فشيا على حسب حدوثها فلم
يكن بيع المعدوم ولا بيع ما ليس عند الانسان والله الموفق وعلى هذا يخرج
اعارة الدراهم والدنانير انها تكون قرضا لا اعارة لان الاعارة ~~لما كانت~~
تمليك المنفعة او اباحة المنفعة على اختلاف الاصلين ولا يمكن الانتفاع بها
الا باستهلاكها ولا سبيل الى ذلك الا بالتصرف في العين لا في المنفعة ولا يمكن
تصحيحها اعارة حقيقة فتصح قرضا مجازا لوجود معنى الاعارة فيه حتى لو
استعار حليا ليتجمل به صح لانه يمكن الانتفاع بالحلي من غير استهلاك بالتجمل
فامكن العمل بالحقيقة ولا ضرورة الى العمل بالمجاز وكذا اعارة كل ما لا يمكن الانتفاع
به الا باستهلاكه من المكيلات والموزونات يكون قرضا لا اعارة لما ذكرنا
ان محل حكم الاعارة المنفعة لا العين الا اذا كان ملحقا بالمنفعة عرفا وعادة

كما اذا منح انسانا ناقة او شاة لينتفع بلبنها او وبرها مدة ثم يردها على صاحبها
لان ذلك معدود من المنافع عرفا وعادة فكان له حكم المنفعة وقد روي عن
رسول الله صلى الله عليه وسلم انه قال هل من احد يمنح من ابله ناقة اهل بيت
لا در لهم وقد يجري مجرى الترغيب من منح منحة ورق او منحة لبن كان له بعدل
رقبة وكذا لو منح جديا او عناقا كان عارية لانه يعجز ان ينتفع به بلبنه
او شعره ويتصل بهذا الفصل بيان ما يملكه المستعير من التصرف في المستعار
وما لا يملكه فنقول وبالله التوفيق جملة الكلام فيه ان عقد الاعارة لا يخلو من
احد وجهين اما ان كان مطلقا واما ان كان مقيدا فان كان مطلقا بان اعار
انسانا دابته ولم يسم مكانا ولا زمانا ولا الركوب ولا الحمل فله ان يستعملها
في اي مكان وزمان شا وله ان يركب او يحمل لان الاصل في المطلق ان يجري على
اطلاقه وقد ملكه منافع العارية مطلقا فكان له ان يستوفيها على الوجه الذي
ملكها الا انه لا يحمل عليها ما يعلم ان مثلها لا يطيق لمثل هذا الحمل ولا يستعملها
ليلا ونهارا ما لا يستعمل مثلها من الدواب لذلك عادة حتى لو فعل فعطبت يضمن
لان العقد وان خرج مخرج الاطلاق لكن المطلق يتقيد بالعرف والعادة
دلالة كما يتقيد بالتقييد نصا وله ان يعير العارية عندنا سواء كانت العارية
ما يتفاوت في استيفا المنفعة او لا لان الاطلاق والعقد يقتضي ثبوت الملك للمستعير
وكان هو في التمليك من غيره على الوجه الذي ملكه متصرفا في ملك نفسه
الا انه لا يملك الاجارة لما قلنا فان آجر وسلم الى المستاجر ضمن لانه دفع
مال الغير اليه بغير اذنه فصار غاصبا فان ضمنه لم يرجع بالضمان على احد وان شا ضمن المستاجر
لانه قبض مال الغير بغير اذنه كالمشتري من الغاصب غير انه ان ضمن
المستعير لا يرجع بالضمان على المستاجر لانه ملكه بالضمان فتبين انه آجر
ملك نفسه وان ضمن المستاجر فان كان عالما بكونها عارية في يده لا يرجع
على المستعير وان لم يكن عالما بذلك يرجع عليه لانه اذا لم يعلم به فقد
صار مغرورا من جهة المستعير فيرجع عليه بضمان الغرور وهو ضمان
الكفالة في الحقيقة واذا كان عالما لم يصر مغرورا من جهته فلا يرجع عليه
وهل يملك الايداع اختلف المشايخ فيه قال مشايخ العراق يملك وهو
قول بعض مشايخنا لانه يملك الاعارة فالايداع اولى لانها دون الاعارة وقال
بعضهم لا يملك واستدل له بمسألة مذكورة في الجامع الصغير وهو ان المستعير
اذا رد العارية على يد اجنبي ضمن ومعلوم ان الرد على يده ايداع اياه ولو ملك

الايداع

م الملك

ط باذن آ...

الايداع لما ضمن وان كان مقيدا فيراعى فيه القيد ما امكن لان الاصل اعتبار
اعتبار تصرف العاقل على الوجه الذي تصرف الا اذا لم يكن اعتباره لانعدام
الفايدة ونحو ذلك فيلغو الوصف لان ذلك يجري مجرى العبث ثم انما يراعى
القيد فيما دخل لا فيما لم يدخل لان المطلق اذا قيد ببعض الاوصاف يبقى مطلقا
فيما وراه فيراعى صفة الاطلاق فيما وراه بيان هذه الجملة في مسايل فانهم
اذا اعار انسانا دابة على ان يركبها المستعير بنفسه ليس له ان يعيرها غيره
وكذلك اذا اعاره ثوبا على ان يلبسه بنفسه لما ذكرنا ان الاصل في المقيد
اعتبار القيد فيه الا اذا تعذر اعتباره فاعتبار هذا القيد ممكن لانه مفيد
لتفاوت الناس في استعمال الدواب والثياب ركوبا ولبسا فلزم اعتبار
القيد فيه فان فعل حتى هلك يضمن لانه خالف وان ركب بنفسه واردف
غيره فعطبت فان كانت الدابة مما تطيق حملهما جميعا يضمن نصف قيمة
الدابة لانه لم يخالف الا في قدر النصف وان كانت الدابة مما لا تطيق
حملهما جميعا يضمن جميع قيمتها لانه استهلكها ولو اعار دارا ليسكنها
المستعير فله ان يسكنها غيره لان المملوك بالعقد هو السكنى والناس
لا يتفاوتون فيه عادة فلم يكن التقييد بسكناه مفيدا فيلغو الا اذا
كان الذي يسكنها اياه حدادا او قصارا او نحوهما ممن يوهن عمله البنا
فليس له ان يسكنها اياه ولا ان يعمل بنفسه ذلك لان المعير لا يرضى به عادة
والمطلق يتقيد بالعرف والعادة كما في الاجارة ولو اعاره دابة على ان يحمل
عليها عشرة مخاتيم شعير ليس له ان يحمل عليها عشرة مخاتيم حنطة
لان الحنطة اثقل من الشعير وكان اعتبار القيد مفيدا فيعتبر ولو اعارها
على ان يحمل عليها عشرة مخاتيم حنطة له ان يحمل عشرة مخاتيم شعيرا او
دخنا او ارزا او غير ذلك مما يكون مثل الحنطة او اخف منها استحسانا والقياس
ان لا يكون له ذلك حتى انها لو عطبت لا يضمن استحسانا والقياس ان يضمن وهو
قول زفر لانه خالف وجواب الاستحسان ان هذا وان كان خلافا صورة
فليس بخلاف معنى لان المالك يكون راضيا به دلالة فلم يكن التقييد بالحنطة
مفيدا وصار كما لو شرط عليه عشرة مخاتيم من حنطة فحمل عليها عشرة مخاتيم
من حنطة نفسه فانه لا يكون مخالفا حتى لا يضمن كذا هذا ولو قال على ان يحمل عليها
عشرة مخاتيم حنطة ليس له ان يحمل عليها حطبا او لبنا او آجرا او حديدا او حجارة
سواء كان مثلها في الوزن او اخف منها لان ذلك اشق على الدابة وانكى لظهرها واعقر
ولو فعل حتى عطبت ضمن وكذا لو قال على ان يحمل عليها مائة من قطنا فحمل عليها

م عليها صح

م ان يحمل عليها صح
ط نفسه صح ٤ غرم صح
رة او حجارة

مثل وزنه حديدا فعطبت يضمن لان القطن ينبسط على ظهر الدابة فكان ضرره
اقل والحديد يكون في موضع واحد فكان ضرره بالدابة اكثر والرضى بادنى
الضررين لا يكون رضا باعلاهما فكان القيد مفيدا فلزم اعتباره ولو قال على ان
يحمل عليها عشرة مخاتيم حنطة فحمل عليها من الحنطة زيادة على المسمى في القدر
فعطبت نظر في ذلك فان كانت الزيادة مما لا تطيق الدابة حملها يضمن جميع
قيمتها لان حمل ما لا تطيقه الدابة اتلاف الدابة وان كانت الدابة تطيق
حملها يضمن من قيمتها قدر الزيادة حتى لو قال على ان تحمل عليها عشرة
مخاتيم حنطة فحمل عليها احد عشر مختوما فعطبت يضمن .. جزا من احد
عشر جزوا من قيمتها لانه لم يتلف الا هذا القدر ولو قيدها بالمكان بان [منها صح]
قال على ان تستعملها في مكان كذا يتقيد به وله ان يستعملها في اي وقت شا
باي شي شا لان التقييد لم يوجد الا بالمكان فيبقى مطلقا فيما وراه لكنه لا يملك
ان يجاوز ذلك المكان حتى لو جاوزه دخل في ضمانه ولو اعادها الى المكان
الماذون لا يبرا عن الضمان حتى لو هلكت قبل التسليم الى المالك يضمن وهذا
قول ابي حنيفة الاخر وكان يقول اولا يبرا عن الضمان كالمودع اذا خالف ثم
عاد الى الوفاق ثم رجع ووجه الفرق بين العارية والوديعة قد ذكرناه
في باب الوديعة وكذلك لو قيدها بالزمان بان قال على ان تستعملها
يوما تبقى مطلقا فيما وراه لكن يتقيد بالزمان حتى لو مضى اليوم ولم يردها
الى المالك حتى هلكت يضمن لما قلنا وكذلك لو قيدها بالحمل وكذلك لو قيدها
بالاستعمال بان قال على ان تستعملها حتى لو امسكها ولم يستعملها حتى
هلكت يضمن لان الامساك منه خلاف فيوجب الضمان ولو اختلف
المعير والمستعير في الايام او المكان او فيما يحمل عليها فالقول قول المعير لان
المستعير يستفيد ملك الانتفاع من المعير فكان القول في المقدار والتعيين
قوله لكن مع اليمين دفعا للتهمة والله اعلم **فصل** واما صفة الحكم
فهي ان الملك الثابت للمستعير ملك غير لازم لانه ملك لا يقابله عوض فلا
يكون لازما كالملك الثابت بالهبة فكان للمعير ان يرجع في العارية سوا اطلق العارية
او وقت لها وقتا وعلى هذا اذا استعار من اخر ارضا ليبني عليها او ليغرس فيها
ثم بدا للمالك ان يخرجه فله ذلك سوا كانت العارية مطلقة او موقتة لما
قلنا غير انها ان كانت مطلقة له ان يجبر المستعير على قلع الغرس ونقض البنا
لان في الترك ضررا بالمعير لانه لا نهاية له واذا قلع ونقض لا يضمن المعير شيا
من قيمة الغرس والبنا لانه لو وجب عليه الضمان لوجب بسبب الغرور ولا غرور

من جهته حيث اطلق العقد ولم يوقت فيه وقتا فاخرجه قبل الوقت بل هو الذي غر
نفسه حيث حمل المطلق على الابد وان كانت موقتة فاخرجه قبل الوقت لم يكن له ان
يخرجه على القلع والنقض والمستعير بالخيار ان شا ضمن صاحب الارض قيمة غرسه [ولا يجبر صح]
وبنايه قايما سليما وترك ذلك عليه لانه لما وقت العارية وقتا ثم اخرجه قبل
الوقت فقد غره فصار كفيلا عنه فيما يلزمه من العهدة اذ ضمان الغرور ضمان
الكفالة فكان له ان يرجع عليه بالضمان ويملك صاحب الارض البنا والغرس باداء
الضمان لان هذا حكم المضمونات انها تملك باداء الضمان وان شا اخذ غرسه
وبناه ولا شي على صاحب الارض ثم انما يثبت خيار القلع والنقض للمستعير اذا
لم يكن القلع او النقض مضرا بالارض فان كان مضرا بها فالخيار للمالك لان الارض
اصل والبنا والغرس تبع لها فكان المالك صاحب اصل والمستعير صاحب تبع
فكان اثبات الخيار لصاحب الاصل اولى فان شا امسك الغرس والبنا بالقيمة
وان شا رضي بالقلع والنقض هذا اذا استعار ارضا للبنا والغرس فاما
اذا استعار ارضا للزراعة فزرعها ثم اراد صاحب الارض ان ياخذها لم يكن
له ذلك حتى يحصد الزرع بل يترك في يده الى وقت الحصاد باجر المثل استحسانا
والقياس ان يكون له ذلك كما في البنا والغرس ووجه الفرق للاستحسان
ان النظر من الجانبين ورعاية الحقين واجب عند الامكان وذلك ممكن في
الزرع لان ادراك الزرع له وقت معلوم فيمكن النظر من الجانبين جانب
المستعير لا شك فيه وجانب المالك بالترك الى وقت الحصاد بالاجر ولا يمكن
في الغرس والبنا لانه ليس لذلك وقت معلوم فكان مراعاة صاحب الاصل اولى
وقالوا في باب الاجارة اذا مضت المدة والزرع بقل لم يستحصد انه يترك في
يد المستاجر الى وقت الحصاد باجر المثل كما في العارية لما قلنا بخلاف باب
الغصب لان الترك للنظر والغاصب جان ولا يستحق النظر بل يجبر على القلع والله اعلم
فصل واما بيان حال المستعار فحاله انه امانة في يد المستعير في حال
الاستعمال بالاجماع واما في غير حال الاستعمال فكذلك عندنا وعند الشافعي
مضمون واحتج بما روي ان رسول الله صلى الله عليه وسلم استعار من صفوان
ادرعا يوم حنين فقال صفوان اغصبا يا محمد فقال عليه السلام بل عارية مضمونة
ولان العين مضمونة الرد حال قيامها فكانت مضمونة القيمة عند هلاكها كالمغصوب
وهذا لان العين اسم للصورة والمعنى وبالهلاك ان عجز عن رد الصورة لم يعجز عن
رد المعنى لان قيمة الشي معناه فيجب عليه رده بمعناه كما في باب الغصب ولانه قبض

مال الغير لنفسه فيكون مضمونا عليه كالمقبوض على سوم الشرا ولنا انه لم يوجد
من المستعير سبب وجوب الضمان فلا يجب عليه الضمان كالوديعة والاجارة وانما
قلنا ذلك لان الضمان لا يجب على المرء بدون فعله وفعله الموجود منه ظاهرا هو
العقد والقبض وكل واحد منهما لا يصلح سببا لوجوب الضمان اما العقد فلانه
عقد تبرع بالمنفعة تمليكا او اباحة على اختلاف الاصلين واما القبض فلوجهين
احدهما ان قبض مال الغير بغير اذنه لا يصلح سببا لوجوب الضمان فمع الاذن
اولى وهذا لان قبض مال الغير بغير اذنه هو اثبات اليد على مال الغير
وحفظه وصيانته عن المهالك وهو احسان في حق المالك قال الله تعالى
هل جزاء الاحسان الا الاحسان وقال ما على المحسنين من سبيل دل ان القبض بغير
الاذن لا يصلح سببا فمع الاذن اولى والثاني ان القبض المأذون فيه لا يكون
تعديا لانه لا يفوت يد المالك ولا ضمان الا على المتعدي قال تعالى ولا عدوان الا
على الظالمين بخلاف قبض الغصب واما الاستدلال بضمان الرد قلنا
ان وجب عليه رد العين حال قيامها لم يجب عليه رد العين حال هلاكها
قوله قيمتها معناها ممنوع وهذا لان القيمة هي الدراهم والدنانير والدراهم
والدنانير عين اخرى لها صورة ومعنى غير العين الاولى والعجز عن رد
احدى العينين لم يوجب رد العين الاخرى وفي باب الغصب لا يجب
ضمان القيمة بهذا الطريق بل بطريق اخر وهو اتلاف المغصوب معنى على ما
عرف وههنا لم يوجد حتى لو وجد يجب الضمان ثم نقول انما وجب عليه
ضمان الرد لان العقد متى انتهى بانتهاء المدة او بالطلب بقي العين في يده كالمغصوب
والمغصوب مضمون الرد حال قيامه ومضمون القيمة حال هلاكه وعندنا
اذا هلكت في تلك الحالة يضمن واما قوله قبض مال الغير لنفسه فنعم
لكن قبض مال الغير لنفسه بغير اذنه لا يصلح سببا لوجوب الضمان لما ذكرنا
فمع الاذن اولى والمقبوض على سوم الشرا غير مضمون بالقبض بل بالعقد بطريق
التعاطي بشرط الخيار الثابت دلالة على ما عرف والله اعلم ولا حجة له في
حديث صفوان لان الرواية قد اختلفت فقد روي انه هرب من رسول
الله صلى الله عليه وسلم فارسل اليه وامنه فاسلم وكان رسول الله صلى الله عليه
وسلم يريد حنينا فقال له هل عندك شيء من السلاح فقال عارية ام غصبا فقال
رسول الله صلى الله عليه وسلم بل عارية فاعاره ولم يذكر فيه الضمان والحادثة
حادثة واحدة مرة واحدة فلا يكون الثابت الا احدهما فتعارض الروايتان

م قلنا صح

فسقط

فسقط الاحتجاج معما انه ان ثبت فيحتمل ضمان الرد ونحن به نقول ولا يحمل على
ضمان العين مع الاحتمال ويؤيد ما قلنا ما روي ان رسول الله صلى الله عليه وسلم
قال العارية مؤداة **فصل** واما بيان ما يوجب تغير حاله فالذي يغير
حال المستعار من الامانة الى الضمان ما هو المغير حال الوديعة وهو الاتلاف
حقيقة او معنى بالمنع بعد الطلب او بعد انقضا المدة وبترك الحفظ وبالخلاف
حتى لو حبس العارية بعد انقضا المدة او بعد الطلب قبل انقضا المدة يضمن
لانه واجب الرد في هاتين الحالتين لقوله صلى الله عليه وسلم العارية مؤداة
وقوله على اليد ما اخذت حتى ترده ولان حكم العقد انتهى بانتهاء المدة او الطلب
فصار العين في يده كالمغصوب والمغصوب مضمون الرد حال قيامه ومضمون
القيمة حال هلاكه ولو رد العارية مع عبده او ابنه او بعض من في عياله او مع
عبد المعير او ردها بنفسه الى منزل المالك وجعلها فيه لا يضمن استحسانا
والقياس ان يضمن كما في الوديعة وقد ذكرنا الفرق بينهما في كتاب الوديعة
وكذا اذا ترك الحفظ حتى ضاعت وكذا اذا خالف الا ان في باب الوديعة اذا
خالف ثم عاد الى الوفاق يبرا عن الضمان عند اصحابنا الثلاثة وههنا لا يبرا
وقد مر الفرق في كتاب الوديعة ولو تصرف المستعير فادعى ان المالك اذن
له بذلك وجحد المالك فالقول قول المالك حتى يقوم للمستعير على ذلك بينة
لان التصرف منه سبب لوجوب الضمان في الاصل فدعوى الاذن منه دعوى امر
عارض فلا يسمع الا بدليل والله اعلم بالصواب

كتاب الدعوى

الكلام في هذا الكتاب في مواضع في بيان ركن الدعوى
وفي بيان شرايط الركن وفي بيان حد المدعي والمدعى عليه وبيان علايق
حجتهما وفي بيان ما تندفع به الخصومة عن المدعى عليه ويخرج عن كونه
خصما وفي بيان حكم تعارض الدعويين وفي بيان حكم الملك والحق الثابت
في المحل اما ركن الدعوى فهو قول الرجل لي على فلان او قبل فلان كذا او قضيت
حق فلان او ابرأني عن حقه ونحو ذلك فاذا قال ذلك فقد تم الركن

فصل واما الشرايط المصححة للدعوى فانواع منها عقل المدعي والمدعى
عليه فلا تصح من المجنون والصبي الذي لا يعقل وكذا لا تصح الدعوى عليهما حتى لا
يلزم الجواب ولا تسمع البينة لانها تبنى على الدعوى الصحيحة ومنها ان يكون
المدعى معلوما لتعذر الشهادة والقضا بالمجهول والعلم بالمدعى انما يحصل
باحد امرين اما بالاشارة او بالتسمية وجملة الكلام فيه ان المدعى لا يخلو اما

صلى الله عليه وسلم صح

قد

وفي بيان حكم الدعوى وما يتصل به وفي بيان حجة المدعي والمدعى عليه صح

مبنيان م

ان يكون عينا واما ان يكون دينا فان كان عينا فلا يخلو اما ان يكون محتملا للنقل او
لم يكن محتملا فان كان محتملا للنقل فلا بد من احضاره لتمكن الاشارة اليه عند
الدعوي والشهادة فيصير معلوما بها الا اذا تعذر نقله كحجر الرحا ونحوه فان شا
القاضي استحضره وان شا بعث اليه امينا وان لم يكن محتملا للنقل وهو العقار فلا
بد من بيان حده ليصير معلوما لان العقار لا يصير معلوما الا بالتحديد ثم لا خلاف
في انه لا يكتفي فيه بذكر حد واحد وكذا لا يكتفي بذكر حدين عند ابي حنيفة ومحمد
وعند ابي يوسف يكتفي به وهل تقع الكفاية بذكر ثلاثة حدود قال علماونا الثلاثة
نعم وقال زفر لا وهي مسالة كتاب الشروط وكذا لا بد من بيان موضع المحدود
وبلده ليصير معلوما هذا اذا كان المدعي عينا فان كان دينا فلا بد من بيان جنسه
ونوعه وقدره وصفته لان الدين لا يصير معلوما الا ببيان هذه الاشيا ومنها
ان يذكر المدعي في دعوي العقار انه في يد المدعي عليه لان الدعوي لا بد وان تكون
علي خصم والمدعي م انما يصير خصما بيده ولا بد وان يذكر انه في يده ليصير خصما
فاذا ذكر وانكر المدعي عليه ولا بينة للمدعي م من غير الحاجة الي اقامة البينة من
المدعي علي انه في يد المدعي عليه ولو كان له بينة لا تسمع حتي يقيم البينة علي انه
في يد هذا المدعي عليه ووجه الفرق ان من الجايز ان يكون صاحب اليد غيره
واصطلحا علي ذلك فلو سمع القاضي بينته لكان قضا علي الغايب وهذا المعني هاهنا
منعدم لانه لا قضا هاهنا اصلا لان المدعي عليه لا يخلو اما ان يحلف واما ان ينكل
فان حلف فالامر ظاهر وان نكل فكذلك لان القاضي لا يقضي بشي وانما يامره
بان يخرج من الدار ويخلي بينها وبين المدعي ومنها ان يذكر انه يطالبه به
لان حق الانسان انما يجب ايفاوه بطلبه ومنها ان يكون بلسانه عينا اذا لم يكن
به عذر الا اذا رضي المدعي عليه بلسان غيره عند ابي حنيفة وعندهما ليس بشرط
حتي لو وكل المدعي رجلا بالخصومة من غير عذر ولم يرض به المدعي عليه
لا تصح دعواه عنده حتي لا يلزم الجواب ولا تسمع منه البينة وعندهما تصح
حتي يلزم وتسمع والمسالة قد مرت في كتاب الوكالة ومنها مجلس الحكم فلا
تسمع الدعوي الا بين يدي الحاكم كما لا تسمع الشهادة الا بين يديه ومنها حضرة
الخصم فلا تسمع الدعوي والبينة الا علي خصم حاضر الا اذا التمس المدعي ذلك
للكتاب الحكمي لا للقضا فيجيبه القاضي اليه فيكتب الي القاضي الذي الغايب ببلده
بما سمعه من الدعوي والشهادة ليقضي عليه وهذا عندنا وعند الشافعي حضرة
المدعي عليه ليست بشرط لسماع الدعوي والبينة والقضا فيجوز القضا علي الغايب

م عليه صح

م فانه يحلف صح

عنده

عنده وعندنا لا يجوز وجه قول الشافعي انه ظهر صدق المدعي في دعواه
علي الغايب بالبينة فيجوز القضا بالبينة قياسا علي الحاضر ودلالة الوصف ان
دعوي المدعي وان كان خبرا يحتمل الصدق والكذب لكن ترجح جهة الصدق
علي جهة الكذب في خبره بالبينة فيظهر صدقه في دعواه كما اذا كان المدعي
عليه حاضرا تحقيقه ان المدعي عليه لا يخلو اما ان يكون مقرا واما ان يكون
منكرا فان كان مقرا كان المدعي صادقا في دعواه فلا حاجة الي القضا وان
كان منكرا يظهر صدقه بالبينة وكان القضا بالبينة قضا بحجة مظهرة
للحق فجاز ولنا ما روي عن رسول الله صلي الله عليه وسلم انه قال لعلي رضي
الله عنه لا تقض لاحد الخصمين ما لم تسمع كلام الاخر م وكان منهيا ولان القاضي
مامور بالقضا بالحق قال الله تعالي يا داود انا جعلناك خليفة في الارض فاحكم
بين الناس بالحق وروي عن النبي صلي الله عليه وسلم انه قال لعمرو بن العاص
رضي الله عنه اقض بين هذين فقال اقضي وانت حاضر بيننا فقال صلي الله
عليه وسلم اقض بينهما بالحق والحق اسم للكاين الثابت ولا ثبوت مع
احتمال العدم واحتمال العدم ثابت في البينة لاحتمال الكذب فلم يكن الحكم
بالبينة حكما بالحق وكان ينبغي ان لا يجوز الحكم بها اصلا الا انها جعلت حجة
لضرورة فصل الخصومات والمنازعات ولم يظهر حالة الغيبة وقد
خرج الجواب عن كلامه ثم انما لا يجوز القضا عندنا علي الغايب
اذا لم يكن عنه خصم حاضر فان كان يجوز لانه يكون قضا علي الحاضر حقيقة
ومعني الخصم الحاضر الوكيل والوصي والوارث ومن كان بينه وبين الغايب
اتصال فيما وقع فيه الدعوي لان الوكيل والوصي نايبان عنه بصريح الانابة
والوارث نايب عنه شرعا وحضرة النايب كحضرة المنوب عنه فلا
يكون قضا علي الغايب معني وكذا اذا كان بين الحاضر والغايب اتصال فيما وقع فيه
الدعوي بان كان ذلك سببا لثبوت حق الغايب لان الحاضر يصير مستحقا
مدعيا عليه فيما هو حقه ومن ضرورة ثبوت حقه ثبوت حق الغايب
وكان الكل حقا للحاضر لان كل ما كان من ضرورات الشي كان ملحقا به
فيكون قضا علي الحاضر حتي ان من ادعي علي اخر انه اخوه ولم يدع ميراثا
ولا نفقة لا تسمع دعواه لانه دعوي علي الغايب لانه يريد اثبات نسبه
من ابي المدعي عليه وامه وهما غايبان وليس عنهما خصم حاضر لانه لم

م نهاه عن القضا لاحد الخصمين قبل سماع كلام الاخر والقضا بالحق للمدعي حال غيبة المدعي عليه قضا لاحد الخصمين قبل سماع كلام الاخر صح

به

يوجد الا نابه ولا حق يقضي به على الوارث ليكون ثبوت النسب من الغايب
من ضرورته تبعا له ولو ادعى عليه ميراثا او نفقة عند الحاجة تسمع دعواه
وتقبل بينته لانه دعوى حق مستحق على الحاضر وهو المال ولا يمكنه اثباته
الا باثبات نسبه من الغايب فينتصب خصما عن الغايب ضرورة ثبوت الحق
المستحق تبعا له ولهذا لو اقر بالنسب من غير دعوى المال لا يصح اقراره
بخلاف ما اذا ادعى على رجل انه ابوه او ابنه انه يصح من غير دعوى
المال لانه ليس فيه حمل نسب الغير على الغير وكان دعوى على الحاضر
الا يرى انه لو اقر به يصح اقراره بخلاف الاقرار بالاخوة وعلى هذا
يخرج المسلة المخمسة وتوابعها على ما نذكرها في مواضعها ان شاء الله تعالى
ومنها عدم التناقض في الدعوى وهو ان لا يسبق منه ما يناقض دعواه
لاستحالة وجود الشي مع ما يناقضه وينافيه حتى لو اقر بعين في يد الرجل
فامر القاضي بدفعها اليه ثم ادعى انه اشتراها منه قبل ذلك لا تسمع دعواه
لان اقراره بالملك لغيره للحال يمنع الشرا منه قبل ذلك لان الشرا يوجب
الملك للمشتري فكان مناقضا الاقرار والاقرار يناقضه فلا يصح وكذا
لو لم يقر ولكن نكل عن اليمين فقضي عليه بنكوله ثم ادعى انه كان اشتراه منه
قبل ذلك لا تسمع دعواه ولا تقبل بينته في ظاهر الرواية لان النكول بمنزلة
الاقرار وروي عن ابي يوسف انه تسمع دعواه وتقبل بينته هذا
اذا ادعى انه اشتراه منه قبل الاقرار والنكول فاما اذا ادعى انه اشتراه
منه بعد ذلك تسمع دعواه بلا خلاف لان الاقرار بالملك لفلان لا يمنع
الشرا منه بعد ذلك لانعدام التناقض لاختلاف الزمان ولو قال كان هذا
لفلان اشتريته منه يسمع منه موصولا كان ذلك او مفصولا لانه لم يسبق منه
ما يناقض الدعوى بل سبق منه ما يقررها لان سابقة الملك لفلان شرط
تحقق الشرا منه ولو قال هذا العبد لفلان اشتريته منه موصولا فالقياس
ان لا تصح دعواه وفي الاستحسان تصح ولو قال ذلك مفصولا لا تصح قياسا
واستحسانا وجه القياس ان قوله هو لفلان اقرار منه بكونه ملكا له في
الحال وهذا يناقض دعوى الشرا لان الشرا يوجب كونه ملكا للمشتري
فلا تصح كما اذا قاله مفصولا وجه الاستحسان ان قوله هو لفلان اشتريته
منه موصولا معناه في متعارف الناس وعاداتهم انه كان لفلان فاشتريته
منه قال الله تعالى واذكروا اذ انتم قليل مستضعفون في الارض اي اذ لم يكونوا

> فادعى تسمع اصلا صح

> كان صح

> اي اذ كنتم قليلا صح

قليلا

قليلا وقت نزول الاية فيحمل عليه تصحيحا له ولا عادة جرت بذلك في
المفصول فحمل على حقيقته وهو بحقيقته مناقضة فلا يسمع هذا اذا بين
انه اشتراه قبل الاقرار فان بين انه اشتراه بعد الاقرار تسمع دعواه
لانعدام التناقض على ما بينا وكذلك لو لم يبين الشرا منهما بتمن معلوم
يسمع لانه لما لم يذكر الوقت يحمل على الحال تصحيحا له هذا اذا قال
هذا الشي لفلان ولم يقل لا حق لي فيه فان قال لا حق لي فيه ثم ادعى
الشرا بعد ذلك لا تسمع دعواه لان قوله لا حق لي فيه لتاكيد البراة الا
اذا بين انه اشتراه بعد الاقرار فتسمع لما قلنا ولو ادعى على رجل دينا
فقال المدعى عليه لم يكن له علي شي قط فاقام المدعي البينة وقضى القاضي
بذلك ثم اقام المدعى عليه البينة انه كان لكن قضاه تسمع دعواه وتقبل
بينته لجواز انه لم يكن له عليه شي وانما قضاه اياه لدفع الدعوى الباطلة
ولو قال لم يكن لك علي شي ولا اعرفك فاقام المدعي البينة وقضى القاضي
ببينته ثم اقام المدعى عليه بينة انه كان قضاه اياه لم تسمع دعواه ولا تقبل
بينته لان قوله لا اعرفك يناقض دعوى القضا لان الظاهر انه لا يقضي
الا بعد معرفته اياه فكان في دعوى القضا تناقض فلا تسمع ولو ادعى
على رجل انه اشترى منه عبدا بعينه والعبد في يد البايع فانكر البايع البيع
واقام المشتري البينة وقضى القاضي به ثم وجد به عيبا فاراد ان يرده
على البايع فاقام البايع البينة ان المشتري كان ابراه من كل عيب لم تسمع
دعواه ولا تقبل بينته لان انكار البيع يناقض دعوى الابرا عن العيب لان
الابرا يقتضي وجود البيع وكان مناقضا في دعوى الابرا فلا تسمع وعلى
هذا مسايل والاصل في هذا الباب انه اذا سبق من المدعي ما يناقض
دعواه يمنع صحة الدعوى الا في النسب والعتق فان التناقض فيهما غير
معتبر بان قال المجهول النسب هو ابني من الزنا ثم قال هو ابني من النكاح تسمع
دعواه وكذا مجهول النسب اذا اقر بالرق لرجل ثم ادعى انه حر الاصل تسمع
دعواه حتى تقبل بينته لان ثبات النسب ينبني على امر خفي وهو العلوق
منه وذلك مما يغلب خفاوه على الناس فالتناقض في مثله غير معتبر كما
اذا اختلعت امراة من زوجها على مال ثم ادعت انه كان طلقها ثلاثا قبل
الخلع واقامت البينة على ذلك تسمع دعواها وتقبل بينتها لما قلنا كذا هذا
وكذا الرق والحرية ومنها ان يكون المدعا مما يحتمل الثبوت لان دعوى

> وادعى صح

> وذكر في غير هذه النسخة عن القدوري انه قال تقبل بينته لانه يحتمل انه عامله وكلها او اقاه

ما يستحيل وجوده حقيقة او عادة تكون دعوى كاذبة حتى لو قال لمن لا يولد
مثله لمثله هذا ابني لا تسمع دعواه لاستحالة ان يكون الاكبر سنا ابنا لمن هو
اصغر منه وكذا اذا قال لمعروف النسب من الغير هذا ابني والله اعلم

م سنا صح

فصل واما بيان حد المدعي والمدعى عليه فقد اختلفت عبارات
المشايخ في تحديدهما قال بعضهم المدعي من اذا ترك الخصومة لا يجبر عليها
والمدعى عليه من اذا ترك الجواب يجبر عليه وقال بعضهم المدعي من يلتمس
قبل غيره عينا او دينا او حقا والمدعى عليه من يدفع ذلك عن نفسه وقال
بعضهم ينظر في المتخاصمين ايهما كان منكرا فالاخر يكون مدعيا وقال
بعضهم من يخبر عما في يد غيره لنفسه والمدعى عليه من يخبر عما في يد نفسه

م المدعي صح

لنفسه فينفصلان بذلك عن الشاهد والمقر فالشاهد من يخبر عما في
يد غيره لغيره والمقر من يخبر عما في يد نفسه لغيره فصل واما
بيان حكم الدعوى وما يتصل بها فحكمها وجوب الجواب على المدعى عليه
لان قطع الخصومة والمنازعة واجب ولا يمكن القطع الا بالجواب وكان
واجبا وهل يساله القاضي الجواب قبل طلب المدعي ذكر في ادب القاضي
انه يساله وذكر في الزيادات انه لا يساله ما لم يقل المدعي سله عن دعواي
وعلى هذا اذا تقدم الخصمان الى القاضي هل يسال المدعي عن دعواه في ادب
القاضي انه يساله وفي الزيادات انه لا يساله يعرف ذلك في ادب القاضي

م كتاب صح

ان شاء الله تعالى واذا وجب الجواب على المدعى عليه فاما ان اقر واما ان
انكر واما ان سكت فان اقر يؤمر بالدفع الى المدعي لظهور صدق دعواه
وان انكر فان كان للمدعي بينة اقامها فان قال لا بينة لي ثم جاء بالبينة
هل تقبل روى الحسن عن ابي حنيفة انها تقبل وروي عن محمد انها لا
تقبل وجه ما روي عن محمد ان قوله لا بينة لي اقرار على نفسه
والانسان لا يتهم في الاقرار على نفسه فالاتيان بالبينة بعد ذلك رجوع
عما اقر به فلا يصح وجه المروي عن ابي حنيفة ان من الجائز ان يكون
له بينة لم يعلمها المدعي بان اقر المدعى عليه بين يدي هؤلاء وهؤلاء يعلم به
ثم علم بعد ذلك فامكن التوفيق فلا يكون الاتيان بالبينة بعد ذلك
رجوعا فتقبل وان لم يكن له بينة وطلب يمين المدعى عليه يحلف فيما يحتمل
التحليف على ما نذكر وان لم يقر ولم ينكر ولكنه سكت عن الجواب فنذكر
حكمه في الفصل الذي يليه ان شاء الله تعالى فصل واما بيان حجة المدعي

والمدعى

والمدعى عليه فالبينة حجة المدعي واليمين حجة المدعى عليه للحديث المشهور عن
رسول الله صلى الله عليه وسلم انه قال البينة على المدعي واليمين على المدعى عليه
جعل البينة حجة المدعي واليمين حجة المدعى عليه والمعقول كذلك لان
المدعي يدعي امرا خفيا فيحتاج الى اظهاره وللبينة قوة الاظهار لانها كلام من
ليس بخصم فجعلت حجة المدعي واليمين وان كانت مؤكدة بذكر اسم الله تعالى
وهو كلام الخصم فلا يصلح حجة مظهرة للحق ويصلح حجة للمدعى عليه لانه
متمسك بالظاهر وهو ظاهر اليد فحاجته الى استمرار حكم الظاهر واليمين وان
كانت كلام الخصم فهي كافية للاستمرار فكان جعل البينة حجة المدعي وجعل
اليمين حجة المدعى عليه وضع الشيء في موضعه وهذا حد الحكمة وعلى هذا
يخرج القضاء بشاهد واحد ويمين المدعي انه لا يجوز عندنا وعند الشافعي
يجوز واحتج بما روي ان رسول الله صلى الله عليه وسلم قضى بشاهد ويمين ولان
الشهادة انما كانت حجة المدعي لكونها مرجحة جنبة الصدق على جنبة الكذب
في دعواه والرجحان كما يقع بالشهادة يقع باليمين وكانت اليمين في كونها حجة
مثل البينة وكان ينبغي ان يكتفى بها الا انه ضم اليها الشهادة نفيا للتهمة ولنا
الحديث المشهور والمعقول وجه الاستدلال بالحديث من وجهين
احدهما ان النبي صلى الله عليه وسلم اوجب اليمين على المدعى عليه ولو جعلت حجة
المدعي لا تبقى واجبة على المدعى عليه وهذا خلاف النص والثاني انه جعل كل
جنس اليمين حجة المدعى عليه لانه ذكر اليمين بلام التعريف فيقتضي استغراق
كل الجنس فلو جعلت حجة المدعي لا يكون كل جنس اليمين حجة المدعى عليه بل
يكون من الايمان ما ليس بحجة له وهو يمين المدعي وهذا خلاف النص واما
الحديث فقد طعن فيه يحيى بن معين وقال لم يصح عن رسول الله صلى الله عليه
وسلم القضاء بشاهد ويمين وكذلك روي عن الزهري انه لما سئل عن اليمين
مع الشاهد فقال بدعة واول من قضى بها معاوية وكذا ذكر ابن جريج عن عطاء
بن ابي رباح انه قال كان القضاء الاول ان لا يقبل الا شاهدان فاول من قضى
بالشاهد مع اليمين عبد الملك بن مروان مع ما انه ورد مورد الاحاد مخالفا
للمشهور فلا يقبل ولئن ثبت فنحمله انه قضى بشاهد ويمين اما ليس فيه انه فيم
قضى وقد روي عن بعض الصحابة رضي الله عنهم انه قضى بشاهد ويمين
في الامان وعندنا يجوز القضاء في بعض احكام الامان بشاهد واحد اذا كان
عدلا بان شهد انه امن هذا الكافر تقبل شهادته حتى لا يقتل لكن يسترق

والبين باب مما يحتاط فيه فيحمل على هذا توفيقا بين الدلايل صيانة لها عن التناقض
وبهذا تبين بطلان مذهب الشافعي في رده اليمين الى المدعي عند نكول المدعى عليه
لان النبي صلى الله عليه وسلم لم يجعل اليمين حجة الا في جانب المدعى عليه فالرد الى
المدعي يكون وضع الشي في غير موضعه وهو حد الظلم وعلى هذا يخرج
الخارج مع ذي اليد اذا اقاما البينة انها لا تقبل بينة ذي اليد لانها جعلت
حجة للمدعي وذو اليد ليس بمدعي بل هو مدعى عليه فلا تكون البينة حجة له فالحقت
بينته بالعدم فخلت بينة المدعي عن المعارض فيعمل بها وقد تخرج المسالة على
اصل اخر نذكره في موضعه ان شا الله تعالى وها هنا نذكر على الخصوص اليمين
فنقول وبالله التوفيق الكلام في اليمين في مواضع في بيان ان اليمين واجبة وفي بيان
شرايط الوجوب وفي بيان كيفية الواجب وفي بيان حكم ادايه وفي بيان حكم
الامتناع عن تحصيل الواجب اما دليل الوجوب فالحديث المشهور وهو قوله
صلى الله عليه وسلم البينة على المدعي واليمين على المدعى عليه وعلى كلمة ايجاب
واما شرايط الوجوب فانواع منها الانكار لانها وجبت للحاجة الى دفع
التهمة وهي تهمة الكذب في الانكار فاذا كان مقرا لا حاجة لان الانسان لا يتهم
في الاقرار على نفسه والانكار نوعان نص ودلالة اما النص فهو صريح
الانكار واما الدلالة فهو السكوت عن جواب المدعي من غير افة لان
الدعوى اوجبت الجواب عليه والجواب نوعان اقرار وانكار فلا بد من
حمل السكوت على احدهما والحمل على الانكار اولى لان العاقل المتدين لا يسكت
عن اظهار الحق المستحق لغيره مع قدرته عليه وقد يسكت عن اظهاره لنفسه
مع قدرته عليه فكان حمل السكوت على الانكار اولى وكان السكوت انكارا دلالة
ولو لم يسكت المدعى عليه ولم ينكر ولكنه قال لا اقر ولا انكر ولكنه اصر على ذلك
اختلف المشايخ فيه قال بعضهم هذا انكار وقال بعضهم هذا اقرار والاول
اشبه لان قوله لا اقر ولا انكر اخبار عن السكوت عن الجواب والسكوت انكار
على ما مر ومنها الطلب من المدعي لانها وجبت على المدعى عليه حقا للمدعي وحق
الانسان قبل غيره واجب الاستيفاء عند طلبه ومنها عدم البينة الحاضرة
عند ابي حنيفة رحمه الله وعندهما ليس بشرط حتى لو قال المدعي لي بينة حاضرة
ثم اراد ان يحلف المدعى عليه ليس له ذلك عنده وعندهما له ذلك وجه قولهما
ان اليمين حق المدعي كالبينة ولهذا لا يجب الا عند طلبه فكان له ولاية استيفا
ايهما شا ولابي حنيفة ان البينة في كونها حجة المدعي كالاصل لكونها كلام غير

واذا عرفت ان البينة حجة المدعي واليمين حجة المدعى عليه فلا بد من معرفة علو طريقهما وعلاقة البينة قد مر في كتاب الشهادات صح

الخصم واليمين كالخلف عنها لكونها كلام الخصم ولهذا لو اقام البينة ثم اراد استحلاف
المدعى عليه ليس له ذلك والقدرة على الاصل تمنع المصير الى الخلف ومنها ان لا يكون
المدعى حق الله تعالى خالصا فلا يجوز الاستحلاف في الحدود الخالصة حقا
لله تعالى كحد الزنا والسرقة والشرب لان الاستحلاف لاجل النكول ولا يقضى
بالنكول في الحدود الخالصة لانه بذل عند ابي حنيفة وعندهما اقرار فيه شبهة
العدم والحدود لا تحتمل البذل ولا تثبت بدليل فيه شبهة ولهذا لا تثبت بشهادة
النسا والشهادة على الشهادة الا في السرقة يحلف على اخذ المال وكذا لا يمين في
اللعان لانه جار مجرى الحد واما حد القذف فيجري فيه الاستحلاف في
ظاهر الرواية لانه ليس من المتمحضة حقا لله تعالى بل يشوبه حق العبد فاشبه الحدود صح
التعزير وفي التعزير يحلف كذا هنا ويجري الاستحلاف في القصاص في النفس
والطرف لان القصاص خالص حق العبد ومنها ان يكون المدعى مما يحتمل
الاقرار به شرعا بان كان لو اقر به لصح اقراره فان لم يكن لم يجر فيه الاستحلاف
حتى ان من ادعى على رجل انه اخوه ولم يدع في يده ميراثا فانكر لا يحلف لانه لو اقر
له بالاخوة لم يجز اقراره لكونه اقرارا على غيره وهو ابوه ولو ادعى انه اخوه وان
في يده مالا من تركة ابيه وانه مستحق لنصفه بارثه من ابيه يحلف لاجل الميراث
لا للاخوة لانه لو اقر انه اخوه لصح اقراره في حق الارث حتى يومر بتسليم الميراث
اليه ولم يصح في حق النسب حتى لا يقضي بانه اخوه وعلى هذا عبد في يدي رجل
ادعاه رجلان فاقر به لاحدهما وسلم القاضي العبد اليه فقال الاخر لا بينة
لي وطلب من القاضي تحليف المقر لا يحلف في عين العبد لانه لو اقر به لكان اقراره
باطلا فاذا انكر لا يحلف الا ان يقول الذي لم يقر له انك اتلفت على العبد باقرارك
به لغيري فضمنت لي قيمته يحلف المقر بالله ما عليه رد قيمة ذلك العبد على
هذا المدعي ولا رد شي منها لانه لو اقر باتلافه لصح وضمن القيمة فاذا انكر
يستحلف ولو ادعى على رجل انه زوجه ابنته الصغيرة فانكر الاب لا يحلف
عند ابي حنيفة بطريقين احدهما انه لو اقر به لا يصح اقراره به
عنده فاذا انكر لا يستحلف والثاني ان الاستحلاف لا يجري في النكاح عنده
وعندهما يحلف لكن عند ابي يوسف يحلف على السبب وعند محمد على الحاصل
فالحكم على ما نذكره ان شا الله تعالى هذا اذا كانت صغيرة حين الدعوى فان
كانت كبيرة وادعى ان اباها زوجها اياه في صغرها لا يحلف عند ابي حنيفة
لما قلنا من الطريقين وعندهما لا يحلف ايضا لاحد الطريقين وهو انه لو

لو اقر عليها في الحال لا يصح اقراره ولكن تحلف المراة عندهما لانها لو اقرت لصح اقرارها
والاستحلاف عندهما يجري فيه لكن عند ابي يوسف على السبب بالله ما نعلم ان
اباها زوجها وهي صغيرة الا عند التعريض فيحلف على الحكم كما هو مذهب
محمد ولو ادعت امراة على رجل انه زوجها عبده فانكر المولى لا يحلف
عند ابي حنيفة لطريقين احدهما انه لو اقر عليه لا يصح اقراره والثاني انه
لا يستحلف في النكاح عنده وعندهما يحلف ايضا لكن لطريق واحد وهو
انه لو اقر عليه لا يصح اقراره ولو ادعى رجل على رجل انه زوجه امته لا
يحلف المولى عند ابي حنيفة وعندهما يحلف لطريق واحد وهو ان
الاستحلاف لا يجري في النكاح عنده وعندهما يجري والله اعلم وعلى هذا
يخرج اختلافهم في الاشياء السبعة انه لا يجري فيها الاستحلاف عند
ابي حنيفة وهي النكاح والرجعة والفيء في الايلاء والنسب والرق والولاء
والاستيلاد اما النكاح فهو ان يدعي رجل على امراة انها امراته او يدعي امراة
على رجل انه زوجها ولا بينة للمدعي وطلب يمين المنكر واما
الرجعة فهي ان يقول الزوج للمطلقة بعد انقضاء عدتها قد كنت راجعتك
وانكرت المراة وعجز الزوج عن اقامة البينة فطلب يمينها واما
الفيء في الايلاء فهو ان يكون الرجل آلى من امراته ومضت اربعة اشهر
فقال قد كنت فئت اليك بالجماع فلم تبيني فقالت لم تف الي وبنت
ولا بينة للزوج فطلب يمينها واما النسب فنحو ان يدعي على رجل انه
ابوه او ابنه فانكر الرجل ولا بينة له فطلب يمينه واما الولاء فان
يدعي على امراة انه اعتق اباها وان اباها مات وولاؤه بينهما نصفان
فانكرت ان يكون اعتقه وان يكون ولاؤه ثابتا منه ولا بينة للمدعي
وطلب يمينها على ما انكرت من الولاء واما الاستيلاد فهو ان تدعي
امة على مولاها فتقول انا ام ولد لمولاي وهذا ولدي فانكر المولى
لا يجري الاستحلاف في هذه المواضع السبع عند ابي حنيفة رحمه الله
وعندهما يجري والدعوى من الجانبين تتصور في الفصول الستة
وفي الاستيلاد لا تتصور الا من جانب واحد وهو جانب الامة فاما
من جانب المولى فلا تتصور الدعوى لانه لو ادعى لثبت بنفس الدعوى
وهذا بناء على ما ذكرنا ان النكول بذل عند ابي حنيفة وهذه الاشياء لا
تحتمل البذل وعندهما اقرار فيه شبهة وهذه الاشياء تثبت بدليل

م ومنها ان يكون المدعى مما يحتمل البذل عند ابي حنيفة مع كونه محتملا للاقرار وعندهما ان يكون مما يحتمل الاقرار سواء احتمل البذل او لا صح

م واما الرق فهو ان يدعي على رجل انه عبده فانكر وقال انه حر الاصل لم يجر عليه رق ابدا ولا بينة للمدعي فطلب يمينه صح

فيه شبهة وجه قولهما ان نكول المدعى عليه دليل كونه كاذبا في انكاره لانه لو كان
صادقا لما امتنع من اليمين الصادقة فكان النكول اقرارا دلالة قاصرة فيها شبهة
العدم وهذه الاشياء تثبت بدليل قاصر فيه شبهة العدم الا ترى انها تثبت
بالشهادة على الشهادة وبشهادة رجل وامراتين ولابي حنيفة رحمه الله ان النكول
يحتمل الاقرار كما قلتم ويحتمل البذل لان العاقل المتدين كما يحترز عن اليمين الكاذبة
يحترز عن التعيير والطعن باليمين فيبذل المدعى الا ان حمله على البذل اولى لانا
لو جعلناه اقرارا لكذبناه في الانكار ولو جعلناه بذلا لم نكذبه لانه يصير في
التقدير كانه قال ليس هذا لك ولكني لا امنعك عنه ولا انازعك فيه فيحصل
المقصود من غير الحاجة الى التكذيب واذا ثبت ان النكول بذل وهذه الاشياء
لا تحتمل البذل والاباحة فلا تحتمل النكول فلا تحتمل الحلف لانه انما يستحلف
المدعي لينكل المدعى عليه فيقضى عليه فاذا لم تحتمل النكول لا تحتمل التحليف

فصل واما بيان كيفية اليمين فالكلام فيه يتعلق بموضعين احدهما
في بيان صفة التحليف نفسه انه كيف يحلف والثاني في بيان صفة المحلوف
عليه انه على ماذا يحلف اما الاول فالامر لا يخلو اما ان يكون الحالف مسلما
واما ان كان كافرا فان كان مسلما فيحلفه القاضي بالله ان شاء من غير تغليظ
لما روي ان رسول الله صلى الله عليه وسلم حلف زيد بن ركانة او ركانة بن
زيد بالله ما اردت بالبتة ثلاثا وان شاء غلظ لان الشرع ورد بتغليظ
اليمين في الجملة فانه روي ان رسول الله صلى الله عليه وسلم حلف ابن صوريا
الاعور وغلظ فقال بالله الذي انزل التوراة على موسى ان حد الزنا
في كتابكم هذا وقال مشايخنا ينظر الى حال الحالف ان كان ممن لا يخاف
منه الاجتراء على الله تعالى باليمين الكاذبة يكتفى فيه بالله من غير تغليظ وان
كان ممن يخاف منه ذلك يغلظ لان من العوام من لا يبالي عن الحلف بالله
كاذبا واذا غلظ عليه اليمين يمتنع وقال بعضهم ان كان المال المدعى يسيرا
يكتفى فيه بالله وان كان كثيرا يغلظ وصفة التغليظ ان يقول قل
والله الذي لا اله الا هو عالم الغيب والشهادة الرحمن الرحيم الذي يعلم من السر ما يعلم
من العلانية ونحو ذلك مما يعد تغليظا في اليمين وان كان الحالف كافرا
فانه يحلف بالله ايضا ذميا كان او مشركا لان المشركين لا ينكرون الصانع قال
الله تعالى ولئن سالتهم من خلق السموات والارض ليقولن الله فيعظمون اسم
الله تعالى ويعتقدون حرمته الا الدهرية والزنادقة واهل الاباحة وهو لا

م الا انه دلالة صح

اقوام لا يتجاسرون على اظهار نحلهم في عصر من الاعصار الى يومنا هذا ونرجو
من فضل الله تعالى ان لا يقدرهم على الاظهار ما يتلونه الى انقضاء الدنيا وان راى القاضي
على امه جبيبه صح
ما يكون تغليظا في دينه فعل لما روينا ان رسول الله صلى الله عليه وسلم غلظ على
ابن صوريا دل ان كل ذلك واسع فيغلظ على اليهودي بالله الذي انزل التوراة على
موسى وعلى النصراني بالله الذي انزل الانجيل على عيسى والمجوسي بالله الذي
خلق النار ولا يحلف على الاشارة الى مصحف معين بان يقول بالله الذي انزل
هذه التوراة او هذا الانجيل لانه قد ثبت تحريف بعضها فلا يؤمن ان تقع
الاشارة الى الحرف المحرف فيكون التحليف به تعظيما لما ليس بكلام الله تعالى
ولا يبعث هولاء الى بيوت عباداتهم من البيعة والكنيسة وبيت النار لان فيه
تعظيم هذه المواضع وكذا لا يجب تغليظ اليمين على المسلم بزمان ولا مكان
عندنا وقال الشافعي ان كان بالمدينة يحلف عند المنبر وان كان بمكة يحلف
عند الميزاب ويحلف بعد العصر والصحيح قولنا لما روي من الحديث
المشهور وهو قوله صلى الله عليه وسلم البينة على المدعي واليمين على
على المدعى عليه مطلقا عن الزمان والمكان وروي انه اختصم زيد بن
ثابت رضي الله عنه وابن مطيع في دار الى مروان بن الحكم فقضى على زيد بن
ثابت باليمين عند المنبر فقال زيد احلف له مكاني فقال له مروان لا
والله الا عند مقاطع الحقوق فجعل زيد يحلف ان حقه لحق وابى ان يحلف عند
المنبر فجعل مروان يعجب من ذلك ولو كان ذلك لازما لا يحتمل ان يأباه زيد
رضي الله عنه ولان تخصيص التحليف بزمان ومكان تعظيم غير اسم الله تعالى
مع اسم الله تعالى صح
وفيه معنى الاشراك في التعظيم واما بيان صفة المحلوف عليه انه على ماذا
يحلف فنقول الدعوى لا تخلو اما ان كانت مطلقة عن سبب واما ان كانت
مقيدة بسبب فان كانت مطلقة عن سبب بان ادعى عبدا او جارية او ارضا
وانكر المدعى عليه فلا خلاف في انه يحلف على الحكم وهو ما وقع فيه الدعوى
فيقال بالله ما هذا العبد او الجارية او الارض لفلان هذا ولا شيء منه وان كانت
مقيدة بسبب بان ادعى انه اقرضه الفا او غصبه او اودعه الفا فانكر
المدعى عليه فقد اختلف فيه ابو يوسف ومحمد انه يحلف على السبب بالله ما استقرضت
او على الحكم قال ابو يوسف يحلف على السبب صح
منه الفا او ما غصبته الفا او ما اودعني الفا الا ان يعرض المدعى عليه ولا يصرح
فيقول قد يستقرض الانسان وقد يغصب وقد يودع ولا يكون عليه لما انه
ابراء عن ذلك او رد الوديعة وانا لا ابين ذلك لئلا يلزمني شيء فحينئذ يحلف

على الحكم وقال محمد يحلف على الحكم من الابتداء بالله ما له عليك هذه الالف التي ادعى
وجه قول محمد ان التحليف على السبب تحليف على ما لا يمكنه الحلف عليه عسى
لجواز ان يكون وجد منه السبب ثم ارتفع بالابراء وبالرد فلا يمكنه الحلف على نفس
نفي
السبب ويمكنه الحلف على الحكم على كل حال وكان التحليف على الحكم اولى وجه
قول ابي يوسف ما روي ان رسول الله صلى الله عليه وسلم حلف اليهود في باب
القسامة على السبب فقال بالله ما قتلتموه ولا علمتم له قاتلا فيجب الاقتداء به
ولان الداخل تحت الحلف ما هو الداخل تحت الدعوى والداخل تحت الدعوى
في هذه الصورة مقصودا هو السبب فيحلف عليه فبعد ذلك ان امكنه الحلف
على السبب حلف عليه وان لم يمكنه عرض حينئذ فيحلف على الحكم وعلى هذا
الخلاف دعوى الشرا اذا انكر المدعا عليه فعند ابي يوسف يحلف على السبب
بالله ما بعته هذا الشيء الا ان يعرض الخصم والتعريض في هذا ان يقول قد يبيع
الرجل الشيء ثم يعود اليه بهبة او فسخ او اقالة او رد بعيب او خيار شرط او
خيار رؤية وانا لا ابين ذلك كيلا يلزمني شيء حينئذ فحينئذ يحلف على
الحكم بالله ما بينكما بيع قايم او شرا قايم بهذا السبب الذي يدعي وهكذا
يحلف على قول محمد وعلى هذا دعوى الطلاق بان ادعت امراة على
زوجها انه طلقها ثلاثا او خالعها على كذا وانكر الزوج ذلك يحلف على السبب
عند ابي يوسف بالله ما طلقها ثلاثا وما خالعها الا ان يعرض الزوج فيقول
ان الانسان قد يخالع امراته ثم تعود اليه وقد يطلقها ثلاثا فتتزوج بزوج
اخر ثم تعود اليه فحينئذ يحلف على الحكم بالله ما هي حرام عليك بثلاث
طلقات او بالله ما هي مطلقة منك ثلاثا او ما هي حرام عليك بالخلع او ما
هي باين منك ونحو هذه العبارات وهكذا يحلف على قول محمد وعلى
هذا دعوى العتاق من الامة بان ادعت امة على مولاها انه اعتقها
وهو منكر عند ابي يوسف يحلف المولى على السبب بالله ما اعتقها الا ان
يعرض لانه يتصور النقض من هذا والعود بان ارتدت المراة ولحقت
بدار الحرب ثم سباها او سباها غيره فاشتراها حينئذ يحلف كما قال
محمد ولو كان مدعي العتق هو العبد فيحلف على السبب بلا خلاف بالله ما
اعتقه في الرق القايم للحال في ملكه لانعدام تصور التعريض لان العبد المسلم
لا يحتمل السبي بعد العتق حتى لو كان العبد لم يعرف مسلما او كان كافرا يحلف
بعد العتق صح
عند محمد على الحكم لاحتمال العود الى الرق لان الذمي اذا نقض العهد ولحق بدار

الحرب ثم سبي فيسترق بخلاف المسلم فانه يجبر على الاسلام ويقتل ان ابى ولا
يسترق وعلى هذا دعوى النكاح وهو تفريع على مذهبهما لان اباحنيفة
لا يرى الاستحلاف فيه فنقول الدعوى لا تخلو من ان تكون من الرجل او من
المراة فان كانت من الرجل وانكرت المراة النكاح فعند ابي يوسف يحلف على
السبب الا ان تعرض لاحتمال الطلاق او الفرقة بسبب ما فحينئذ يحلف
على الحكم بالله ما بينكما نكاح قايم كما هو مذهب محمد فاما عند ابي حنيفة
رحمه الله لو قال الزوج انا اريد ان اتزوج اختها او اربعا سواها وان كان دعوى
النكاح من المراة على الرجل وانكر الرجل فعند ابي يوسف يحلف على السبب
الا ان يعرض فيحلف على الحكم كما قال محمد فاما عند ابي حنيفة رحمه الله
لو قالت المراة انا اريد ان اتزوج فان القاضي لا يمكنها من ذلك لانها قد اقرت
ان لها زوجا فلا يمكنها من التزوج بزوج اخر فان قالت ما الخلاص عن هذا
وقد بقيت في عهدته ابدا الدهر وليست لي بينة وهذه تسمى عهدة
ابي حنيفة رحمه الله فانه يقول القاضي للزوج طلقها فان ابى اجبره القاضي
عليه فان قال الزوج لو طلقتها للزمني المهر فلا افعل ذلك يقول القاضي
له قل لها ان كنت امراتي فانت طالق فتطلق لو كانت امراته وان لم تكن فلا
يلزمك شي لان المال لا يلزم بالشك فان ابى اجبره على ذلك فاذا
فعل تخلص عن تلك العهدة وان كانت الدعوى في اجارة دار او عبد او
دابة او معاملة او مزارعة فعند ابي يوسف يحلف على السبب الا اذا عرض
وعند محمد يحلف على الحكم على كل حال وعند ابي حنيفة ما كان صحيحا
وهو الاجارة يحلف وما كان فاسدا وهو المعاملة والمزارعة لا يحلف
اصلا لان الحلف بنا على الدعوى الصحيحة ولم توجد ولو كانت
الدعوى في القتل الخطا بان ادعى رجل على اخر انه قتل اباه خطا وانه وجبت
الدية وانكر المدعى عليه يحلف على السبب عند ابي يوسف بالله ما قتلت
الا اذا عرض وعند محمد على الحكم بالله ليس عليك الدية ولا على عاقلتك
وانما يحلف على هذا الوجه لاختلاف المشايخ في الدية في فصل الخطا انها
تجب على العاقلة ابتدا او تجب على القاتل ثم تتحمل عنه العاقلة فان حلف
بري وان نكل يقضي عليه بالدية في ماله **فصل** واما حكم ادايه فهو
انقطاع الخصومة للحال لا مطلقا بل موقتا الى غاية احضار البينة عند
عامة العلما وقال بعضهم حكمه انقطاع الخصومة على الاطلاق حتى لو اقام

م فان القاضي لا يمكنه من ذلك لانه اقر ان هذه امراته فيقول له ان كنت تريد ذلك فطلق هذه ثم تزوج اختها او اربعا سواها صح

المدعي البينة بعد يمين المدعى عليه قبلت بينته عند العامة وعند بعضهم لا
تقبل لانه لو اقام البينة لا يبقى له ولاية الاستحلاف فكذا اذا استحلف لا يبقى له
ولاية اقامة البينة والجامع ان حقه في احدهما فلا يملك الجمع بينهما والصحيح
قول العامة لان البينة هي الاصل في الحجة لانها كلام الاجنبي فاما اليمين فكالخلف
عن البينة لانها كلام الخصم صير اليها للضرورة فاذا جا الاصل انتهى حكم الخلف
كانه لم يوجد اصلا ولو قال المدعي للمدعى عليه احلف وانت بري من هذا
الحق الذي ادعيته او انت بري من هذا الحق ثم اقام البينة قبلت بينته لان
قوله انت بري يحتمل البراة للحال اي بري عن دعواه او خصومته للحال ويحتمل البراة
عن الحق فلا يجعل ابرا عن الحق بالشك والله اعلم **فصل** واما حكم الامتناع
من تحصيله فالمدعى عليه اذا نكل عن اليمين فان كان ذلك في دعوى المال
يقضي عليه بالمال عندنا ولكن ينبغي للقاضي ان يقول له اني اعرض عليك اليمين ثلاث
مرات فان حلفت والا قضيت عليك لجواز ان يكون المدعى عليه ممن لا يرى
القضا بالنكول او يكون عنده ان القاضي لا يرى القضا بالنكول او لحقته حشمة
القضا ومهابة مجلس القاضي في المرة الاولى فكان الاحتياط ان يقول له ذلك
فاذا نكل عن اليمين بعد العرض عليه ثلاثا فان القاضي يقضي عليه عندنا وعند
الشافعي لا يقضي بالنكول ولكن ترد اليمين الى المدعي فيحلف فياخذ حقه واحتج
الشافعي بقول النبي صلى الله عليه وسلم البينة على المدعي واليمين عليه جعل (م على المدعى صح)
البينة حجة المدعي واليمين حجة المدعى عليه ولم يذكر النكول ولو كان حجة
المدعي لذكره ولان النكول يحتمل انه نكل لكونه كاذبا في انكاره فاحترز عن (م يحتمل صح)
اليمين الكاذبة ويحتمل انه نكل مع كونه صادقا في الانكار تورعا عن اليمين
الصادقة فلا يكون حجة القضا مع الاحتمال لكن ترد اليمين الى المدعي فيحلف
فيقضي له لانه ترجح جنبة الصدق في دعواه بيمينه وقد ورد الشرع برد
اليمين الى المدعي فانه روي ان عثمان ادعى على مقداد مالا بين يدي عمر رضي
الله عنهم فانكر مقداد وتوجهت اليمين عليه فرد اليمين على عثمان وعمر رضي
الله عنهما جوز ذلك ولنا ما روي ان شريحا رحمه الله قضى على رجل
بالنكول فقال المدعى عليه انا احلف فقال شريح رحمه الله مضى قضاي
وكان لا يخفى قضاياه على الصحابة رضوان الله عليهم ولم ينقل انه انكر عليه
منكر فيكون اجماعا منهم على جواز القضا بالنكول ولانه ظهر صدق المدعي
في دعواه عند نكول المدعى عليه فيقضي له كما لو اقام البينة ودلالة الوصف

اذ المانع من ظهور الصدق في خبره انكار المدعى عليه وقد عارضه النكول لانه لو كان
صادقا في انكاره لما نكل فزال المانع للتعارض فظهر صدقه في دعواه وقوله
يحتمل انه نكل تورعا عن اليمين الصادقة قلنا هذا احتمال نادر لان اليمين الصادقة
مشروعة فالظاهر ان الانسان لا يرضى بفوات حقه تحرزا عن مباشرة امر
مشروع ومثل هذا الاحتمال ساقط الاعتبار شرعا الا ترى ان البينة حجة
القضا بالاجماع وان كانت محتملة في الجملة لانها خبر من ليس بمعصوم عن الكذب
لكن لما كان الظاهر هو الصدق سقط اعتبار احتمال الكذب كذا هذا واما
الحديث فنقول البينة حجة المدعي وهذا لا ينفي ان يكون غيرها حجة لذكره
قلنا يحتمل انه لم يذكره لما قلتم ويحتمل انه لم يذكره مع كونه حجة تسليطا
للمجتهدين على الاجتهاد ليعرف كونه حجة بالراي والاستنباط فلا يكون حجة مع
الاحتمال واما رد اليمين الى المدعي فليس بمشروع لما ذكرنا من قبل واما
حديث المقداد فلا حجة فيه لانه فيه ذكر الرد من غير نكول المدعى عليه وهو
خارج عن اقاويل الكل فكان مؤولا عند الكل وتاويله ان مقدادا ادعى الايفا
فانكر عثمان رضي الله عنه فتوجهت اليمين عليه ونحن به نقول هذا اذا نكل
عن اليمين في دعوى المال فان كان النكول في دعوى القصاص فلا يخلو اما
ان تكون الدعوى في القصاص في النفس واما ان تكون فيما دون النفس فان
كان في النفس فعند ابي حنيفة رحمه الله لا يقضى فيه لا بالقصاص ولا بالمال
لكنه يحبس حتى يقر او يحلف ابدا وان كان الدعوى في القصاص في الطرف
فانه يقضى بالقصاص في العمد وبالدية في الخطا وعندهما لا يقضى بالقصاص
في النفس والطرف جميعا لكن يقضى بالارش والدية فيهما جميعا بنا على ان
النكول بذل عند ابي حنيفة رحمه الله والطرف يحتمل البذل والاباحة في
الجملة فان من وقعت في يده اكلة والعياذ بالله فامر غيره بقطعها يباح له
القطع صيانة للنفس وبه يتبين ان الطرف يسلك به مسلك الاموال لانه
خلق وقاية للنفس كالمال فاما النفس فلا تحتمل البذل والاباحة بحال
ولهذا المباح له القطع اذا قطع لا ضمان عليه والمباح له القتل اذا قتل يضمن
فكان الطرف جاريا مجرى المال بخلاف النفس فامكن القضا بالنكول في الطرف
دون النفس فكان القياس ان لا يستحلف في النفس عنده كما لا يستحلف في الاشيا
السبعة لان الاستحلاف للتوسل الى مقصود المدعي وهو احيا حقه بالقضا
بالنكول ولا يقضى فيها بالنكول اصلا عنده فكان ينبغي ان لا يستحلف الا انه استحسن

م قوله لو كان حجة صح

في الاستحلاف فيها لان الشرع ورد به في باب القسامة وجعله حقا مقصودا في
نفسه تعظيما لامر الدم وتفخيما لشانه لكون اليمين الكاذبة مهلكة فصار النكول
مانعا حقا مستحقا عليه مقصودا فيحبس حتى يقر او يحلف بخلاف الاشيا السبعة
فان الاستحلاف فيها للتوسل الى استيفا المقصود بالنكول وانه لا يقع وسيلة الى
هذا المقصود وعندهما النكول اقرار فيه شبهة العدم لانه اقرار بطريق السكوت
وانه محتمل والقصاص يدرا بالشبهات واذا سقط القصاص للشبهة تجب
المال بخلاف شهادة النسا مع الرجال والشهادة على الشهادة انها لا تقبل في باب
القصاص اصلا لان التعذر هناك من جهة من له القصاص وهو عدم الاتيان
بحجة مظهرة للحق وهي شهادة شهود ذكور اصول والتعذر هاهنا من جهة
من عليه القصاص وهو عدم التنصيص على الاقرار والاصل ان القصاص اذا
بطل من جهة من له القصاص لا تجب الدية واذا بطل من جهة من عليه تجب
الدية واما في دعوى السرقة اذا حلف على ظاهر الرواية فنكل يقضى بالحد في
ظاهر الاقاويل لانه بمنزلة القصاص في الطرف عند ابي حنيفة وعندهما بمنزلة
النفس وقال بعضهم هو بمنزلة سائر الحدود ولا يقضى فيه بشي ولا يحلف لانه
حد وقيل يحلف ويقضى فيه بالتعزير دون الحد كما في السرقة يحلف ويقضى
بالمال دون القطع **فصل** واما بيان ما تندفع به الخصومة عن المدعى عليه
ويخرج عن كونه خصما للمدعي فنقول وبالله التوفيق انه يخرج عن كونه للمدعي
بكون يده يد غير المالك وذلك يعرف بالبينة او بالاقرار او بعلم القاضي نحو
ما اذا ادعى على رجل دارا او دابة او ثوبا فقال الذي في يديه هو ملك فلان
الغايب اودعنيه وجملة الكلام فيه ان المدعي لا يخلو اما ان يدعي عليه ملكا
ولم يدع عليه فعلا او يدعي عليه فعلا فان ادعى ملكا مطلقا ولم يدع عليه
فعلا فقال الذي في يديه اودعنيه فلان الغايب او رهنها او اجرها او اعارها
او غصبتها او سرقتها او اخذتها او انتزعتها او ضلت منه فوجدتها واقام
البينة على ذلك تندفع عنه الخصومة عند عامة العلما وقال ابن ابي ليلى
تندفع عنه الخصومة اقام البينة او لم يقم وقال ابن شبرمة لا تندفع عنه
الخصومة اقام البينة او لم يقم وهذا اذا لم يكن الرجل معروفا بالافتعال
والاحتيال فان كان تندفع عنه الخصومة عند ابي حنيفة ومحمد ايضا
وعند ابي يوسف لا تندفع وهي المسالة المعروفة بالمخمسة والحجج تعرف في
الجامع ان شا الله تعالى وكذلك لو ادعى الملك والفعل على غير ذي اليد بان

م على اخذ المال ونكل يقضى بالمال لا بالقطع لان النكول حجة في الاموال دون الحدود الخالصة واما في دعوى القذف اذا حلف صح

م خصما صح

م لنفسه صح

قال هذا ملكي غصبه مني فلان لانه لم يدع على ذي اليد فعلا فصار هو وذي
اليد دعوى مطلقة وكان على الخلاف الذي ذكرنا فاما اذا ادعى على ذي
اليد فعلا بان قال هذه داري او دابتي او ثوبي اودعتكها او غصبتها او
سرقتها او استاجرتها او ارتهنتها مني وقال الذي في يديه انها لفلان الغايب
اودعنيها او غصبتها منه ونحو ذلك واقام البينة على ذلك لا تندفع عنه
الخصومة ووجه الفرق ان ذا اليد في دعوى الملك المطلق انما يكون خصما
بيده الا ترى ان المدعي لو لم يكن في يده لم يكن خصما فاذا اقام البينة على ان اليد
لغيره كان الخصم ذلك الغير وهو غايب فاما في دعوى الفعل فانما يكون خصما
بفعله لا بيده الا ترى ان الخصومة متوجهة عليه بدون يده واذا كان خصما
بفعله فالبينة لا تبين ان الفعل منه لم يكن فبقي خصما ولو ادعى فعلا لم يسم
فاعله بان قال غُصبت مني او اخذ مني فاقام ذو اليد البينة على الايداع
تندفع الخصومة ولو قال سُرق مني فالقياس ان تندفع الخصومة كما
في الاخذ والغصب وهو قول محمد وزفر وفي الاستحسان لا تندفع فرقا
بينه وبين الاخذ والغصب وهو قول ابي حنيفة وابي يوسف ووجه
الفرق يعرف في الجامع ان شا الله تعالى ولو قال المدعي هذه الدار كانت
لفلان فاشتريتها منه وقال الذي في يديه اودعنيها فلان الذي ادعيت
الشرا من جهته او سرقتها منه او غصبتها تندفع عنه الخصومة من
غير اقامة البينة على ذلك لانه ثبت كونها في يد غيره بتصادقهما اما
المدعى عليه فظاهر واما المدعي فبدعواه الشرا منه لان الشرا منه لا يصح
بدون اليد وكذا لو اقام الذي في يديه البينة على اقرار المدعي بذلك لان
الثابت بالبينة كالثابت بالمعاينة ولو عاينا اقراره لاندفعت الخصومة
كذا هذا وكذا اذا علم القاضي بذلك لان العلم المستفاد له في زمان القضا
فوق الاقرار لكونه حجة متعدية الى الناس كافة بمنزلة البينة وكون الاقرار حجة
مقتصرة على المقر خاصة ثم لما اندفعت الخصومة باقرار المدعي فبعلم
القاضي اولى ولو قال الذي في يديه ابتعته من فلان الغايب لا تندفع الخصومة
لانه ادعى الملك واليد لنفسه وهذا يقرر كونه خصما فكيف يدفع الخصومة
ولو اقام المدعي البينة انه ابتاعه من عبد الله وقال الذي في يديه اودعنيه
عبد الله ذلك تندفع الخصومة من غير بينة لانهما تصادقا على الوصول
اليه من يد عبد الله فابقينا اليد له وهو غايب وعلى هذا الاصل مسايل كثيرة

لانه ادعى الفعل عليه وانه باطل فالتحق بالعدم فبقي دعوى ملك مطلق فتندفع الخصومة صح

في

في الجامع تذكرها هنا ان شا الله تعالى **فصل** واما حكم تعارض الدعوتين فالكلام
فيه في موضعين احدهما في بيان حكم تعارض الدعوتين مع تعارض البينتين
والثاني في بيان تعارض الدعوتين لا غير اما بيان حكم تعارض الدعوتين مع
تعارض البينتين فيقع الكلام فيه في موضعين احدهما حكم تعارض البينتين
القايمتين على اصل الملك والثاني حكم تعارض البينتين القايمتين على قدر الملك
اما الاول فالاصل ان البينتين اذا تعارضتا في اصل الملك من حيث الظاهر فان
امكن ترجيح احداهما على الاخرى يعمل بالراجح لان البينة حجة من حجج الشرع
والراجح ملحق بالمتيقن في احكام الشرع وان تعذر الترجيح فان امكن العمل
بكل واحدة منهما من كل وجه وجب العمل به وان تعذر العمل بهما من كل وجه
وامكن العمل بهما من وجه وجب العمل به لان العمل بالدليلين واجب
بقدر الامكان وان تعذر العمل بهما اصلا سقط اعتبارهما والتحقتا بالعدم
اذ لا حجة مع المعارضة كما لا حجة مع المناقضة وجملة الكلام فيه في هذا
الفصل ان الدعوى ثلاثة انواع دعوى الملك ودعوى اليد ودعوى
الحق وادار محمد رحمه الله مسايل الدعوى على دعوى الملك واليد
والسبب اما دعوى الملك فلا يخلو اما ان تكون من الخارج على ذي اليد واما
ان تكون من الخارجين على ذي اليد واما ان تكون من صاحبي اليد احدهما
على صاحبه فان كانت الدعوى من الخارج على ذي اليد دعوى الملك واقاما
البينة فلا يخلو اما ان قامت البينتان على ملك مطلق عن الوقت واما
ان قامتا على ملك موقت واما ان قامت احداهما على ملك مطلق والاخرى
على ملك موقت وكل ذلك لا يخلو اما ان كان بسبب واما ان كان بغير
سبب فان قامتا على ملك مطلق عن الوقت فبينة الخارج اولى عند
اصحابنا وعند الشافعي رحمه الله بينة ذي اليد اولى وجه قول
الشافعي ان البينتين تعارضتا من حيث الظاهر فترجحت بينة ذي اليد باليد
وكان العمل بها اولى ولهذا عمل ببينته في دعوى النتاج ولنا ان البينة
حجة المدعي لقول النبي صلى الله عليه وسلم البينة على المدعي وذو اليد ليس بمدع
فلا تكون البينة حجته والدليل على انه ليس بمدع ما ذكرنا من حد المدعي
انه اسم لمن يخبر عما في يد غيره لنفسه والموصوف بهذه الصفة هو
الخارج لا ذو اليد لانه يخبر عما في يد نفسه لنفسه فلم يكن مدعيا فالتحقت
بينته بالعدم فبقيت بينة الخارج بلا معارض فوجب العمل بها ولان بينة

بينة الخارج اظهرت له سبق الملك فكان القضا بها اولى كما اذا وقتت البينتان
نصا ووقتت بينة الخارج دلالة ودلالة الوصف انها اظهرت له سبق اليد
لانهم شهدوا له بالملك المطلق ولا يحل لهم الشهادة بالملك المطلق الا بعلمهم
به ولا يحصل العلم بالملك الا بعد العلم بدليل الملك ولا دليل على الملك المطلق
سوى اليد فاذا شهدوا للخارج فقد اثبتوا كون المال في يده وكون المال في يد
ذي اليد ظاهرا ثابت للحال فكانت يد الخارج سابقة على يده فكان ملكه
سابقا ضرورة واذا ثبت سبق الملك للخارج يقضى ببينته لانه لما ثبت الملك
واليد في هذا العين في زمان سابق ولم يعرف لثالث فيها يد وملك علم
انها انتقلت من يده اليه فوجب اعادة يده ورد المال اليه حتى يقيم صاحب
اليد الاخير الحجة انه باي طريق انتقل اليه كما اذا عاين القاضي كون المال في يد
انسان ويدعيه لنفسه ثم راه في يد غيره فانه يامره بالرد اليه اذا ادعاه ذلك
الرجل الا ان يبين سببا صالحا للانتقال اليه وكذا اذا اقر المدعى عليه ان
هذا المال كان في يد المدعي فانه يومر بالرد اليه الى ان يبين بالحجة طريقا
صالحا للانتقال اليه كذا هذا وكذا اذا ارخا نصا وتاريخ احدهما اسبق
لان هذا تاريخ من حيث المعنى بخلاف النتاج لان هناك لم يثبت سبق
يد الخارج لانعدام تصور السبق والتاخر فيه لان النتاج مما لا يحتمل التكرر
فيطلب الترجيح من وجه اخر فيترجح بينة صاحب اليد باليد وها هنا
بخلافه هذا اذا اقامت البينتان على ملك مطلق عن الوقت من غير سبب
فاما اذا قامتا على ملك موقت من غير سبب فان استوى الوقتان يقضى
للخارج لانه سقط اعتبار الوقتين للتعارض فبقي دعوى ملك مطلق
وان كان احدهما اسبق من الاخر يقضى للاسبق وقتا ايهما كان في قول
ابي حنيفة وابي يوسف ومحمد وروى ابن سماعة عن محمد انه رجع
عن هذا القول عند رجوعه من الرقة وقال لا يقبل من صاحب
اليد بينة على وقت وغيره الا في النتاج والصحيح جواب ظاهر
الرواية لان بينة صاحب الوقت اظهرت الملك له في وقت لا ينازعه
فيه احد فيدفع المدعى اليه الى ان يثبت بالدليل سببا للانتقال
عنه الى غيره وان قامت احداهما على ملك مطلق والاخرى على ملك
موقت من غير سبب لا عبرة للوقت عند ابي حنيفة ومحمد ويقضى
للخارج وعند ابي يوسف يقضى لصاحب الوقت ايهما كان وروى مثل قوله

اسبق صح م

عن ابي حنيفة م

ابي يوسف

ابي يوسف وجه قول ابي يوسف ان بينة صاحب الوقت اظهرت الملك له
في وقت خاص لا يعارضها فيه بينة مدعي الملك المطلق بيقين بل تحتمل
المعارضة وعدمها لان الملك المطلق لا يتعرض للوقت فلا تثبت المعارضة
بالشك والاحتمال ولهذا لو ادعى كل واحد من الخارجين على ثالث واقام كل
كل واحد منهما البينة انه اشتراه من رجل واحد ووقتت بينة احدهما
واطلقت الاخرى انه يقضي لصاحب الوقت كذا هذا وجه قول ابي حنيفة
ومحمد ان الملك المطلق احتمل السبق والتاخر لان المطلق يحتمل السبق
والتاخر لجواز ان صاحب البينة المطلقة لو وقتت بينته كان وقتها اسبق
فوقع الاحتمال في سبق الملك الموقت فسقط اعتبار الوقت فبقي دعوى مطلق
الملك فيقضى للخارج بخلاف الخارجين اذا ادعيا الشرا من رجل واحد لان البايع
اذا كان واحدا فقد اتفقا على تلقي الملك منه ببيعه وانه امر حادث وقد ظهر بالتاريخ
ان شرى صاحب الوقت اسبق ولا تاريخ مع الاخر وشراوه امر حادث ولا يعلم
تاريخه فكان صاحب التاريخ اولى هذا اذا قامت البينتان من الخارج وذي اليد
على ملك مطلق او موقت من غير سبب فاما في دعوى ذلك بسبب فان كان السبب
هو الارث فكذلك الجواب حتى لو قامت البينتان على ملك مطلق بسبب الارث
بان اقام كل منهما البينة على انه ملكه مات ابوه وتركه ميراثا يقضى للخارج بلا خلاف
بين اصحابنا وكذلك ان قامتا على ملك موقت واستوى الوقتان لانه سقط اعتبار
الوقتين للتعارض فبقي دعوى مطلق الملك وان كان احدهما اسبق من الاخر
يقضى لاسبقهما وقتا ايهما كان في قول ابي حنيفة وابي يوسف ومحمد الاول
وفي قول محمد الاخر يقضى للخارج لان دعوى الارث دعوى ملك الميت فكل
واحدة من البينتين اظهرت ملك الميت لكن قام الوارث مقام الميت في ملك الميت
وكان المورثين ادعيا ملكا مطلقا او موقتا من غير سبب وهناك الجواب هكذا
في الفصول كلها من الاتفاق والاختلاف الا في فصل واحد وهو ما اذا اقامت
احدى البينتين على ملك مطلق والاخرى على ملك موقت فان ها هنا يقضى
للخارج بالاتفاق ولا عبرة للوقت كما لا عبرة له في دعوى المورثين وهذا
على اصل ابي حنيفة ومحمد رحمهما الله يطرد واما على اصل ابي يوسف فيشكل
وان كان السبب هو الشرا بان ادعى الخارج انه اشترى هذه الدار من صاحب
اليد بالف درهم ونقده الثمن وادعى صاحب اليد انه اشتراها من الخارج
ونقده الثمن واقام كل واحد منهما البينة على ذلك فان اقاما البينة على الشرا ان

واحد صح م

غير وقت ولا قبض لا تقبل البينتان في قول ابي حنيفة وابي يوسف ولا يجب لواحد
منهما على صاحبه شي ويترك المدعى في يد ذي اليد وعند محمد يقضي بالبينتين ويومر
بتسليم المدعى الى الخارج وجه قول محمد ان التوفيق بين الدليلين واجب بقدر
الامكان وامكن التوفيق ها هنا بين البينتين بتصحيح العقدين بان يجعل كان صاحب اليد
اشتراه اولا من الخارج وقبضه وفي هذا التقدير تصحيح العقدين فوجب القول به
ولا وجه للقول بالعكس من ذلك بان يجعل كان الخارج اشترى اولا من صاحب
اليد ولم يقبضه حتى باعه من صاحب اليد لان في هذا التقدير افساد العقد الاخير
لانه بيع المبيع العقار قبل القبض وانه غير جايز عنده فتعين تصحيح العقدين
بالتقدير الذي قلنا واذا صح العقدان بقي المشتري في يد صاحب اليد فيومر
بالتسليم الى الخارج وجه قول ابي حنيفة وابي يوسف رحمهما الله ان كل مشتري
يكون مقرا بالملك للبايع فكان دعوى الشرا من كل واحد اقرارا بملك المبيع لصاحبه
وكانت البينتان قايمتين على اقرار كل واحد منهما بالملك لصاحبه وبين موجبي
الاقرارين تناف فيهمل العمل بالبينتين اصلا وان وقتت البينتان ووقت
الخارج اسبق فان لم يذكروا قبضا يقضي بالدار لصاحب اليد عند ابي حنيفة وابي
يوسف وعند محمد يقضي للخارج لان وقت الخارج اذا كان اسبق جعل كانه
اشترى الدار اولا ولم يقبضها حتى باعها من صاحب اليد وبيع العقار قبل القبض
لا يجوز عند محمد واذا لم يجز بقي على ملك الخارج وعندهما لما جاز فصح
البيعان وان ذكروا القبض جاز البيعان ويقضي بالدار لصاحب اليد بالاجماع
لان بيع العقار بعد القبض جايز بلا خلاف فيجوز البيعان واما اذا وقت
صاحب اليد اسبق ولم يذكروا قبضا يقضي بها للخارج لانه اذا كان وقته اسبق
يجعل سابقا في الشرا كانه اشترى من الخارج وقبض ثم اشترى منه الخارج ولم
يقبض فيومر بالدفع اليه وكذلك اذا ذكروا قبضا لانه يقدر كانه اشترى
من صاحب اليد اولا وقبض ثم اشترى منه الخارج وقبض ~~فيومر بالدفع اليه~~
ايضا ثم عادت الى يد صاحب اليد بوجه اخر والله اعلم وان كان السبب هو النتاج
وهو الولادة في الملك فهذا لا يخلو اما ان قامت البينتان على النتاج واما ان قامت
احداهما على النتاج والاخرى على الملك المطلق فان قامت البينتان على النتاج
فلا يخلو اما ان كانت البينتان مطلقتين او موقتتين عن الوقت واما ان وقتتا
وقتا فان لم يوقتا وقتا يقضي لصاحب اليد لان القايمة على النتاج قايمة على
اولية الملك وقد استوت البينتان في اظهار الاولية فيترجح بينة صاحب اليد

م ثم اشتراه الخارج من صاحب اليد ولم يقبضه فيوجد العقدان على الصحة لكن بتقدير تاريخ وقبض صح

م كان صح

م البينة صح

باليد

باليد فيقضي ببينته وقد روي عن جابر رضي الله عنه ان رجلا ادعى بين يدي رسول
الله صلى الله عليه وسلم نتاج ناقة في يدي رجل واقام البينة عليه واقام ذو
اليد البينة على مثل ذلك فقضى رسول الله صلى الله عليه وسلم بالناقة لصاحب اليد وهو
ظاهر مذهب اصحابنا وقال عيسى بن ابان من اصحابنا انه لا يقضي لصاحب اليد ولا يكون
قضا حقيقة وكذا في الحديث الذي روينا عن رسول الله صلى الله عليه وسلم انه قضى
لصاحب اليد وكذا روي دعوى النتاج من الخارجين على ثالث يقضي بينهما نصفين
ولا يترك في يد صاحب اليد الا ان ما ذكره خلاف مذهب اصحابنا رحمهم الله ولو
اقام احدهما البينة على النتاج والاخر البينة على الملك المطلق عن النتاج فبينة
النتاج اولى لما قلنا انها قامت على اولية الملك لصاحبه فلا يثبت لغيره الا بالتلقي
منه وان وقتت البينتان فان اتفق الوقتان فكذلك لسقوط اعتبارهما للتعارض
فبقي دعوى الملك وان اختلفا يحكم سن الدابة فيقضي لصاحب الوقت الذي
وافقه السن لانه ظهر ان البينة الاخرى كاذبة بيقين هذا اذا علم سنها
فاما اذا اشكل سقط اعتبار التاريخ لانه يحتمل ان يكون سنها موافقا لهذا
الوقت ويحتمل ان يكون موافقا لذلك الوقت ويحتمل ان يكون مخالفا لهما
جميعا فسقط اعتبارهما كانهما سكتا عن التاريخ اصلا وان خالف سنها
الوقتين جميعا سقط الوقت كذا ذكر في ظاهر الرواية لانه ظهر بطلان التوقيت
فكانهما لم يوقتا فبقيت البينتان قايمتين على مطلق الوقتين من غير توقيت
وذكر الحاكم في مختصره ان في رواية ابي الليث رحمه الله تتهاتر البينتان قال
وهو الصحيح ووجهه ان سن الدابة اذا خالف الوقتين فقد تيقنا بكذب
البينتين فالتحقتا بالعدم فيترك المدعى في يد صاحب اليد كما كان والجواب
ان مخالفة السن الوقتين يوجب كذب الوقتين لا كذب البينتين اصلا وراسا
وكذلك لو اختلفا في جارية وقال الخارج انها ولدت في ملكي من امتي هذه وقال
صاحب اليد كذلك يقضي لصاحب اليد لما قلنا وكذلك لو اختلفا في الصوف
والمرعزي واقام كل واحد منهما بينة انه له جزه في ملكه يقضي لصاحب اليد
وكذلك لو اختلفا في الغزل واقام كل واحد منهما البينة انه له غزله من قطن
هو ملكه يقضي لصاحب اليد والاصل ان المنازعة اذا وقعت في سبب ملك لا يحتمل
التكرار كان بمنزلة النتاج فيقضي لصاحب اليد واذا وقعت في سبب ملك
يحتمل التكرار او لا يقضي للخارج ايضا فعلى هذا اذا اختلفا في اللبن فاقام كل
واحد منهما البينة انه له حلب في يده وفي ملكه يقضي لصاحب اليد لان اللبن

م بل تتهاتر البينات ويترك المدعى في يد صاحب اليد قضاء ترك وهذا خلاف مذهب اصحابنا فانه نص على المخالفة القضاء والترك في يد صاحب اليد صح

م المطلق صح

م الملكين صح

م لا يؤبه في سني النتاج فيقضي للخارج وان اشكل الامر في الملك انه يحتمل التكرار صح

الواحد لا يحتمل الحلب مرتين فكان في معنى النتاج وكذلك لو ادعى كل واحد منهما
ان الشاة التي حلب منها اللبن له نتجت عنده يقضي لصاحب اليد بالشاة
واللبن جميعا وكذا لو اختلفا في جبن واقام كل واحد منهما البينة انه له صنعه
في ملكه يقضي لصاحب اليد لان اللبن الواحد لا يحتمل ان يصنع منه جبنا
مرتين فكان بمنزلة النتاج ولو اختلفا في الارض والنخل وادعى كل واحد
منهما انها ارضه غرس النخل فيها يقضي بهما للخارج لان هذا ليس في معنى النتاج
لان النتاج سبب ملك الولد والغرس ليس بسبب ملك الارض وكذلك الغرس مما يحتمل
يحتمل التكرر فلم يكن بمعنى النتاج وكذلك لو اختلفا في الحبوب النابتة والقطن
النابت ادعى كل واحد منهما انه زرعه في ارضه فانه يقضي بالارض والقطن
للخارج وكذا لو اختلفا في البنا ادعى كل واحد منهما انه بنى على ارضه لما قلنا
ولو اختلفا في حلي مصوغ ادعى كل واحد منهما انه صاغه في ملكه يقضي
للخارج لان الصياغة تحتمل التكرار فلم تكن بمعنى النتاج ولو اختلفا في ثوب
خز او شعر واقام كل واحد منهما البينة انه له نسجه في ملكه فان علم ان ذلك
لا ينسج الا مرة واحدة يقضي لصاحب اليد لانه بمنزلة النتاج وان علم انه ينسج
مرتين يقضي للخارج وكذلك ان كان مشكلا وكذلك لو اختلفا في سيف مطبوع
وادعى كل واحد منهما انه طبع في ملكه رجع في هذا الى اهل العلم بذلك ولو
اختلفا في ام جارية وادعى كل واحد منهما ان امها امته واقاما البينة على
على ذلك وانها ولدت هذه في ملكه يقضي بالجارية وامها للخارج لان هذا
ليس دعوى النتاج بل هو دعوى الملك المطلق وهو ملك الام والبينة بينة
الخارج في الملك المطلق فيقضي بالام للخارج ثم يملك الولد بملك الام وكذلك
لو اختلفا في الشاة مع الصوف واقام كل واحد منهما البينة ان هذه الشاة مملوكة
له وان هذا صوف هذه الشاة يقضي بالشاة والصوف للخارج لما قلنا شاتان
احداهما بيضا والاخرى سودا وهما في يدي رجل فاقام الخارج البينة على
ان البيضا شاته ولدتها السودا في ملكه واقام صاحب اليد البينة على ان السودا
شاته ولدتها البيضا في ملكه يقضي لكل واحد منهما بالشاة التي شهدت شهوده
انها ولدت في ملكه فيقضي للخارج بالبيضا ولصاحب اليد بالسودا لان بينة الخارج
قامت على النتاج في البيضا وبينة ذي اليد قامت على ملك مطلق فبينة النتاج اولى
ولو اختلفا في اللبن الذي صنع منه الجبن في ملكه يقضي للخارج لان القايمة على
ملك اللبن قايمة على ملك مطلق لا على اولية الملك وبينة الخارج اولى في دعوى

م والحب صح

ط فاقام كل واحد منهما البينة ان اللبن الذي منه الجبن صح

ط البينة صح

بلغ

م وكذا بينة ذي اليد قامت على النتاج في السودا وبينة الخارج فيها قامت على ملك مطلق فبينة النتاج اولى صح

الملك

الملك المطلق ولو ادعى عبدا في يد انسان انه اشتراه من فلان وانه ولد
في ملك الذي اشتراه منه واقام ذو اليد البينة انه اشتراه من رجل اخر
وانه ولد في ملكه يقضي لصاحب اليد لان دعوى الولادة في ملك بايعه بمنزلة
دعوى الولادة في ملكه لانه تلقى الملك من جهته وهناك يقضي له كذا هنا وكذلك
لو ادعى ميراثا او هبة او صدقة او وصية وانه ولد في ملك المورث والواهب
والموصي فانه يقضي لصاحب اليد ايضا لما قلنا ولو ادعى الخارج مع ذي اليد كل
واحد منهما النتاج فقضي لصاحب اليد ثم جا رجل اخر فادعى النتاج واقام البينة
عليه يقضي له الا ان يعيد صاحب اليد البينة على النتاج فيكون هو اولى لان
القضا على المدعي الاول لا يكون قضا على المدعي الثاني فلم يكن الثاني مقضيا عليه
فتسمع البينة منه فرق الملك وبين العتق ان القضا بالعتق على شخص
واحد يكون قضا على الناس كافة والقضا بالملك على شخص لا يكون قضا على
غيره وان كانت بينة النتاج توجب الملك بصفة الاولية وانه لا يحتمل التكرار
كالعتق ووجه الفرق ان العتق حق الله تعالى الا ترى ان العبد لا يقدر على
ابطاله حتى لا يجوز استرقاق الحر برضاه ولو كان للعبد لقدر على ابطاله كالرق
واذا كان حق الله تعالى فالناس في اثبات حق الله تعالى خصوم عنه بطريق
النيابة لكونهم عبيده فكان حضرة الواحد كحضرة الكل والقضا على الواحد
قضا على الكل لاستوايهم في العبودية بمنزلة الورثة لما قاموا مقام الميت
في اثبات حقوقه والدفع عنه لكونهم خلفاءه قام الواحد منهم مقام الكل
لاستوايهم في الخلافة بخلاف الملك فانه خالص حق العبد فالحاضر فيه
لا ينتصب خصما عن الغايب الا بالنيابة حقيقة او بثبوت النيابة شرعا
او اتصال بين الحاضر والغايب فيما وقع فيه الدعوى على ما عرف ولم يوجد
شي من ذلك فالقضا على غيره يكون قضا على الغايب من غير ان يكون عنه
خصم حاضر وهذا لا يجوز ولو شهد الشهود ان هذه الحنطة من زرع
حصد من ارض هذا الرجل لم يكن لصاحب الارض ان ياخذها لانه يحتمل ان
يكون البذر لغيره وملك الزرع يتبع ملك البذر لا ملك الارض الا ترى ان
الارض المغصوبة اذا زرعها الغاصب من بذر نفسه كانت الحنطة له ولو شهدوا
ان هذه الحنطة من زرع هذا او هذا التمر من نخل هذا يقضي له لان ملك
الحنطة والتمر يتبع ملك الزرع والنخل ولو قالوا هذه الحنطة من زرع كان
من ارضه لم يقض له لانهم لو شهدوا انه حصد من ارضه لم يقض له فهذا اولى

القضا بالعتق قضا على كافة الناس والقضا بالملك لا يكون قضا [illegible]

م بين صح

ط واحد صح

م حق صح

بالانابة صح

ولو شهدوا ان هذا حلاب شاته او صوف شاته لم يقض له لجواز ان تكون الشاة
له والحلاب والصوف لغيره بان اوصى بذلك لغيره والله اعلم هذا الذي ذكرنا
كله في دعوى الخارج على ذي اليد دعوى الملك فلا يخلو في الاصل من احد وجهين
اما ان يدعي كل واحد منهما قدر ما يدعي الاخر فان ادعى كل واحد منهما قدر ما
يدعي الاخر فهو على التفصيل الذي ذكرنا ايضا وهو ان البينتين اما ان قامتا على
ملك مطلق عن الوقت واما ان قامتا على ملك موقت واما ان قامت احداهما
على ملك مطلق والاخرى على ملك موقت وكل ذلك بسبب او بغير سبب
فان قامت البينتان على ملك مطلق من غير سبب فانه يقضي بالمدعى بينهما نصفان
عند اصحابنا وللشافعي قولان في قول تتهاتر البينتان ويترك المدعى في يد صاحب
اليد وفي قول يقرع بينهما فيقضي لمن خرجت له القرعة منهما وجه
قول الشافعي رحمه الله ان العمل بالبينتين متعذر لتنافي موجبيهما لاستحالة
كون العين الواحدة مملوكة لاثنين على الكمال في زمان واحد فيبطلان جميعا
اذ ليس العمل باحديهما اولى من العمل بالاخرى لاستوائهما في القوة او يرجح
احديهما بالقرعة لورود الشرع بالقرعة في الجملة ولنا ان البينة دليل
من ادلة الشرع والعمل بالدليلين واجب بالقدر الممكن فان امكن العمل
بهما من كل وجه يعمل بهما من كل وجه كما في ساير دلايل الشرع من
ظواهر الكتاب والسنة المشهورة واخبار الاحاد والاقيسة الشرعية اذا
تعارضت وهاهنا ان تعذر العمل بالبينتين باظهار الملك في كل المحل امكن
العمل بهما باظهار الملك فيقضي لكل واحد منهما بالنصف وان قامتا على ملك
موقت من غير سبب فان استوى الوقتان فكذلك الجواب لانه اذا لم يثبت
سبق احدهما بحكم التعارض سقط التاريخ والتحق بالعدم فبقي دعوى الملك المطلق
وان كان وقت احدهما اسبق من وقت الاخر فالاسبق اولى بالاجماع ولا يجري
هاهنا خلاف محمد رحمه الله لان البينة مسموعة بلا خلاف والبينتان قامتا
من الخارجين وكانتا مسموعتين ثم ترجح احداهما بالتاريخ لانها اثبتت الملك في
وقت لا يعارضها فيه الاخرى فيؤمر بالدفع اليه الا ان يقوم الدليل على انه باي
طريق انتقل اليه وان ارخت احداهما واطلقت الاخرى من غير سبب يقضي
بينهما نصفين عند ابي حنيفة ولا عبرة للتاريخ وعند ابي يوسف يقضي لصاحب
الوقت وعند محمد يقضي لصاحب الاطلاق وجه قول محمد ان البينة القائمة
على المطلق اقوى لان الملك المطلق ملك من الاصل حكما الا ترى انه يظهر في الزوايد

فيستحق

[الحاشية:] م اللبن — م فاما دعوى الخارجين على ذي اليد دعوى الملك — ط فاما ان ادعى اكثر مما يدعي الاخر صح — م بلبن صح — م وان لم يمكن العمل بهما من كل وجه يعمل بهما من وجه صح — م في النصف صح — م من الخارج صح — م منه صح — م الملك صح

فيستحق به الاولاد والاكساب وهذا حكم ظهور الملك من الاصل ولا يستحق ذلك
بالملك الموقت وكانت البينة القائمة عليه اقوى وكان القضاء بها اولى
وجه قول ابي يوسف ما ذكرنا ان البينة المورخة تظهر الملك في
زمان لا تعارضها فيه البينة المطلقة عن التاريخ بيقين بل تحتمل المعارضة
وعدمها فكان صاحب التاريخ اولى وجه قول ابي حنيفة ما مر ايضا ان
الملك الموقت يحتمل ان يكون سابقا ويحتمل ان يكون متاخرا لاحتمال ان صاحب
الاطلاق لو ارخ كان تاريخه اقدم فلا يثبت السبق مع الاحتمال فسقط
اعتبار التاريخ فبقي دعوى الملك المطلق والله اعلم هذا اذا قامت
البينتان من الخارجين على ذي اليد على الملك من غير سبب فان كان ذلك
بسبب فلا يخلو اما ان ادعيا الملك بسبب واحد فان كان السبب هو الميراث
فان لم توقت البينتان فهو بينهما نصفان لما ذكرنا ان الملك الموروث هو
ملك الميت بعد موته وانما الوارث يخلفه ويقوم مقامه في ملكه الا ترى
انه يجهز من التركة ويقضى منها ديونه ويرد الوارث بالعيب ويرد عليه
فكان المورثين حضرا وادعيا ملكا مطلقا عن التوقيت وان وقتا وقتا
فان كان وقتهما واحدا فكذلك لما مر وان كان احد الوقتين اسبق يقضي
لمن هو اسبق وقتا عند ابي حنيفة وابي يوسف وعند محمد يقضي بينهما
نصفين ولا عبرة للتاريخ عنده في الميراث لما مر ان الموروث ملك الميت
والوارث قايم مقامه فلم يكن الموت تاريخا للملك المورث فسقط التاريخ
للملك والتحق بالعدم فبقي دعوى الملك المطلق عن التاريخ فيستويان فيه
وعن محمد انهما ان لم يورخا ملك الميتين فكذلك فاما اذا ارخا ملك
الميتين فيقضي لاسبقهما تاريخا ذكره في نوادر هشام وابو حنيفة وابو
يوسف يقولان بل الوارث باقامة البينة يظهر الملك للمورث لا لنفسه
فيصير كانه حضر المورثان واقام كل واحد منهما البينة مورخة وتاريخ
اسبق ولو كان كذلك لقضي لاسبقهما وقتا لاثباته الملك في وقت لا يعارضه
فيه بينة الاخر كذا هاهنا ولو وقتت احداهما ولم توقت الاخرى يقضي
بينهما نصفان بالاجماع اما عند محمد فان التاريخ في باب الميراث ساقط
فالتحق بالعدم واما عندهما فيصير كان المورثين الخارجين حضرا لانهما ادعيا
تلقي الملك فيه من رجلين ولا عبرة فيه بالتاريخ فان كان السبب هو الشرا
فلا يخلو اما ان يكون الدار في يد ثالث واما ان يكون في يد احدهما وكل ذلك

[الحاشية:] م فلا تثبت المعارضة بالشك فبقيت بينة صاحب التاريخ بلا معارض صح — م من الارث او الشرا او النتاج ونحوها واما ان ادعياه بسببين فان ادعيا الملك بسبب واحد صح — م احدهما صح — م وادعيا ملكا فارخ احدهما ولم تورخه الاخرى وهناك كان المدعى بينهما نصفين كذا هنا صح

لا يخلو اما ان ادعيا الشرا من واحد واما ان ادعياه من اثنين فان كانت في يد
ثالث وادعيا الشرا من واحد فان كان صاحب اليد فاقاما البينة على الشرا منه
بثمن معلوم ونقد الثمن مطلقا عن التاريخ وذكر القبض يقضي بينهما نصفين
عندنا وللشافعي فيه قولان في قول تتهاتر البينتان وفي قول يقرع بينهما
فيقضي لمن خرجت له القرعة وهي مسئلة التهاتر وقد مرت من قبل واذا
قضي بالدار بينهما نصفان يكون لهما الخيار ان شا اخذ كل واحد منهما نصف
الدار بنصف الثمن وان شا نقض لان غرض كل واحد منهما من الشرا الوصول الى
جميع المبيع ولم يحصل فاوجب ذلك خللا في الرضي فلذلك ثبت لهما الخيار فان
اختار كل واحد منهما اخذ نصف الدار رجع على البايع بنصف الثمن لانه لم يحصل
له الا نصف المبيع وان اختار الرد رجع كل واحد منهما بجميع الثمن لانه انفسخ
البيع فان اختار احدهما الرد والاخر الاخذ فان كان ذلك بعد قضا القاضي
وتخييره اياهما فليس له ان ياخذ الا النصف بنصف الثمن لان حكم القاضي
بذلك اوجب انفساخ العقد في حق كل واحد منهما في النصف فلا يعود الا بالتجديد
كما اذا قضي بالدار المشفوعة للشفيعين ثم سلم احدهما لا يكون لصاحبه الا
نصف الدار فاما اذا اختار احدهما قبل تخيير القاضي فللاخر ان ياخذ جميع
المبيع بجميع الثمن لان المستحق بالعقد هو جميع المبيع والامتناع بحكم المزاحمة
واذا انقطعت فقد زال المانع كاحد الشفيعين اذا سلم الشفعة قبل قضا
القاضي بالدار المشفوعة يقضي لصاحبه بالكل وكذلك لو ادعى كل واحد
منهما الشرا من رجل اخر سوى صاحب اليد واقام البينة على ذلك يقضي
بالدار بينهما نصفين عندنا ويثبت الخيار لكل واحد منهما والكلام في نوابع
الخيار على نحو ما بينا غير ان الشهادة القايمة على الشرا من صاحب اليد وهو
البايع تقبل من غير ذكر الملك والشهادة القايمة على الشرا من غير صاحب
اليد لا تقبل الا بذكر الملك للبايع لان المبيع في الفصل الاول في يد البايع واليد
دليل الملك فوقعت الغنية عن ذكره وفي الفصل الثاني المبيع ليس في يد
البايع فوقعت الحاجة الى ذكره لصحة البيع والله اعلم هذا اذا لم تورخ البينتان
فاما اذا ارختا فان استوى التاريخان فكذلك لسقوط اعتبارهما بالتعارض
فبقي دعوى مطلق الشرا وان كان احدهما اسبق فالاسبق تاريخا اولى بالاجماع
لانها تظهر الملك في وقت لا تعارضها فيه الاخرى فتندفع بها الاخرى ولو
ارخت احداهما واطلقت الاخرى فالمورخة اولى لانها تظهر الملك في زمان

ترك المصنوع صح

هناك صح

معين والاخرى لا تتعرض للوقت وتحتمل السبق والتاخير فلا تعارضها مع
الشك والاحتمال ولو لم تورخ البينتان ولكن ذكرت احداهما القبض فهي اولى
لانها لما اثبتت قبض المبيع جعل كان بيع صاحب القبض اولى الا ان تشهد بينة
التاريخ ان شراه كان قبل شرى الاخر فيقضي له ويرجع الاخر بالثمن على البايع
وكذا لو ارختا تاريخا واحدا او ذكرت احداهما القبض فبينة القبض اولى الا اذا
كان وقت الاخر اسبق هذا اذا ادعيا الشرا من واحد وهو صاحب اليد او
غيره اما اذا ادعيا الشرا من اثنين سوى صاحب اليد مطلقا عن الوقت واقاما
البينة على ذلك يقضي بينهما نصفين لانهما ادعيا تلقي الملك من البايعين فقاما
مقامهما فصار كان البايعين الخارجين حضرا واقاما البينة على ملك مطلق
ولو كان كذلك يقضي بينهما نصفين كذا هذا ويثبت الخيار لهما والكلام
في الخيار على نحو ما ذكرنا وان وقتت البينتان فان كان وقتهما واحدا فكذلك
وان كان احدهما اسبق من الاخر فالاسبق تاريخا اولى عند ابي حنيفة وابي
يوسف وكذا عند محمد في رواية الاصول بخلاف الميراث انه يكون بينهما
نصفان عنده ووجه الفرق له ذكره الرازي وهو ان المشتري يثبت الملك
لنفسه والوارث يثبت الملك للميت وعن محمد في الاملا انه سوى بين الميراث
وبين الشرا وقال لا عبرة بالتاريخ في الشرا ايضا الا ان يورخا ملك البايعين
وان وقتت احداهما ولم توقت الاخرى يقضي بينهما نصفان ولا عبرة
للتاريخ فرق بين هذا وبينما اذا ادعيا الشرا من رجل واحد فوقتت
بينة احدهما واطلقت الاخرى ان بينة الوقت اولى ووجه الفرق
انهما اذا ادعيا الشرا من اثنين فقد ادعيا تلقي الملك من البايعين فتاريخ
احدى البينتين لا يدل على سبق احدى الشراين بل يجوز ان يكون شرا
صاحبه اسبق من شرايه فلا يحكم بسبق احدهما مع الاحتمال فيقسم
بينهما نصفين بخلاف ما اذا ادعيا الشرا من واحد لان هناك اتفقا
على تلقي الملك من واحد فتاريخ احدى البينتين اوجب تلقي الملك منه
في زمان لا ينازعه فيه احد فيوسر بالدفع اليه حتى يقوم على التلقي منه
دليل هذا اذا كانت الدار في يد ثالث فان كانت في يد احدهما فان
ادعيا الشرا من واحد فصاحب اليد اولى سوا ورخ الاخر او لم يورخ وسوا
ذكر شهوده القبض او لم يذكروا لان قبض صاحب اليد اقوى لثبوته حسا
ومشاهدة وقبض الاخر لم يثبت الا ببينة تحتمل الصدق والكذب فكان

اسبق فيكون صح

القبض المحسوس اولى فصار الحاصل ان القبض الثابت بالحس اولى من الثابت
بالخبر ومن التاريخ ايضا والقبض الثابت بالخبر اولى من التاريخ والله اعلم
وان ادعيا الشرا من اثنين يقضي للخارج سوا وقتت البينتان اولا او وقتت
احداهما دون الاخرى الا اذا وقتتا ووقت صاحب اليد اسبق لانهما
ادعيا تلقي الملك من البايعين فقاما مقام البايعين فصار كان البايعين حضرا
واقاما البينة ولو كان كذلك يقضي للخارج كذلك هذا بخلاف ما اذا
كان البايع واحدا لانهما اتفقا على ان الملك لهما بالشرا من جهته ولاحدهما
يد فيجعل كان شرا صاحب اليد اسبق والله اعلم ولو كان السبب هو النتاج بان
صاحب صح
ادعى كل واحد من الخارجين انها دابته نتجت عنده فان اقام كل واحد
منهما البينة على ملك مطلق يقضي بينهما نصفين لاستوا الحجتين وتعذر
العمل بهما باظهار الملك في كل المحل فيعمل بهما بالقدر الممكن وان اقاما
البينة على ملك موقت فان اتفق الوقتان فكذلك وان اختلفا يحكم سن
الدابة ان علم وان اشكل فعند ابو حنيفة يقضي لاسبقهما وقتا
وعندهما يقضي بينهما وجه قولهما ان السن المشكل يحتمل ان يكون
موافقا لوقت هذا ويحتمل ان يكون موافقا لوقت ذلك فسقط اعتبار
الوقت وصار كانهما سكتا عن الوقت اصلا وجه قول ابو حنيفة ان وقوع
الاشكال في السن يوجب سقوط اعتبار حكم السن فبطل تحكيمه وبقي
الحكم للوقت فالاسبق اولى وهذا بشكل بالخارج مع ذي اليد
وان خالف الوقتين جميعا فهو على ما ذكرنا في الخارج مع ذي اليد
وان اقام احدهما البينة على النتاج والاخر على ملك مطلق فبينة
النتاج اولى لما مر هذا اذا ادعى الخارجان الملك من واحد او من
اثنين بسببين متفقين من الميراث والشرا والنتاج فان كان
بسببين مختلفين فلا يخلو اما ان كان من اثنين واما ان كان
من واحد فاما اذا كان من اثنين يعمل بكل واحد من السببين بان
ادعى احدهما انه اشترى هذه الدار من فلان وادعى الاخر ان فلانا اخر
وهبها له وقبضها منه يقضي بينهما نصفين لانهما ادعيا تلقي الملك
من البايع والواهب فقاما مقامهما كانهما حضرا وادعيا واقاما البينة
على ملك مرسل وكذا لو ادعى ثالث ميراثا عن ابيه فانه يقسم بينهم اثلاثا
ولو ادعى رابع صدقة يقسم بينهم ارباعا لما قلنا وان كان ذلك من واحد

ينظر

ينظر الى السببين فان كان احدهما اقوى يعمل به وان استويا في القوة يعمل بهما بقدر
الامكان على ما هو سبيل دلايل الشرع بيان ذلك اذا اقام احدهما البينة على انه اشترى
هذه الدار من فلان ونقد الثمن وقبض الدار واقام الاخر البينة ان فلانا ذلك وهبها
له وقبضها يقضي لصاحب الشرا لان الشرا يفيد الحكم بنفسه والهبة لا تفيد الحكم
الا بالقبض فكان الشرا اقوى وكذا الشرا مع الصدقة والقبض لما قلنا وكذلك
الشرا مع الرهن والقبض لان الشرا يفيد ملك الرقبة والرهن يفيد ملك اليد وملك
الرقبة اقوى ولو اجتمع السببان مع القبض يقضي بينهما نصفين لاستوا السببين
وقيل هذا فيما لا يحتمل القسمة كالدابة والعبد ونحوهما فاما فيما يحتمل القسمة
كالدار ونحوها فلا يقضي لهما بشي على اصل ابي حنيفة في الهبة من رجلين
لحصول معنى الشياع وقيل لا فرق فيما يحتمل القسمة وما لا يحتمل القسمة هاهنا
لان هذا من معنى الشيوع الطاري لقيام البينة على الكل وانه لا يمنع الجواز وكذلك
لو اجتمعت الصدقتان مع القبض او الهبة والصدقة مع القبض يقضي بينهما نصفين
لاستوا السببين لكن هذا اذا لم يكن المدعا في يد احدهما فان كان يقضي لصاحب
اليد بالاجماع لما مر ولو اجتمع الرهن والهبة او الرهن والصدقة فالقياس
ان تكون الهبة اولى وكذا الصدقة لان كل واحدة منهما تفيد ملك الرقبة
والرهن يفيد ملك اليد والحبس وملك الرقبة اقوى وفي الاستحسان الرهن
اولى لان المرهون عندنا مضمون بقدر الدين فاما الموهوب فليس بمضمون
اصلا فكان الرهن اقوى ولو اجتمع النكاحان بان ادعت امراتان كل واحدة منهما
انه تزوجها عليه واقامتا البينة يقضي بينهما نصفين لاستوا السببين ولو
اجتمع النكاح مع الهبة او الصدقة او الرهن فالنكاح اولى لانه عقد يفيد الحكم
بنفسه فكان اقوى ولو اجتمع الشرا والنكاح فهو بينهما نصفان عند ابي يوسف
وللمراة نصف القيمة على الزوج وعند محمد الشرا اولى وللمراة القيمة على الزوج
وجه قول محمد ان الشرا اقوى من النكاح بدليل انه لا يصح البيع بدون تسمية
الثمن ويصح النكاح بدون تسمية المهر وكذا لا يصح التسمية بدون الملك في باب
البيع ويصح في باب النكاح كما اذا تزوج على جارية غيره دل ان الشرا اقوى من
النكاح وجه قول ابي يوسف ان النكاح مثل الشرا فان كل واحد منهما معاوضة
يفيد الحكم بنفسه هذا اذا ادعى كل واحد منهما قدر ما يدعي الاخر فاما اذا
ادعى احدهما اكثر مما يدعي الاخر بان ادعى احدهما كل الدار وادعى الاخر نصفها
واقاما البينة على ذلك فانه يقضي لمدعي الكل بثلاثة ارباع الدار ولمدعي النصف

بربعها عند ابي حنيفة رحمه الله وعند محمد يقضي لمدعي الكل بثلثي الدار ولمدعي النصف
بثلثها وانما اختلف جوابهم لاختلافهم في طريق القسمة فقسم ابو حنيفة رحمه الله
بطريق المنازعة وهما قسما بطريق العول والمضاربة وتفسير القسمة بطريق
المنازعة ان ينظر الى القدر الذي وقع التنازع فيه فيجعل الجزء الذي خلا عن
المنازعة سالما لمدعيه وتفسير القسمة على طريق العول والمضاربة ان تجمع
السهام كلها في العين فيقسم بين الكل بالحصص فيضرب كل بسهمه كما في المواريث
والديون المتراكمة والوصايا فلما كانت القسمة عند ابي حنيفة رحمه الله على طريق
المنازعة يجب مراعاة محل النزاع فهاهنا احدهما يدعي كل الدار والاخر لا
ينازعه الا في النصف فبقي النصف الاخر خاليا عن المنازعة فيسلم لمدعي الكل
لانه يدعي شيا لا ينازعه فيه غيره ومن ادعى شيا لا ينازعه فيه غيره يسلم له
والنصف الاخر استوت منازعتهما فيه فيقسم بينهما نصفين وكانت القسمة
ارباعا ثلاثة ارباع الدار لمدعي الكل وربعها لمدعي النصف ولما كانت القسمة
عندهما على طريق المضاربة يقسم العين على مبلغ السهام فيضرب كل واحد
بسهمه فهاهنا احدهما يدعي كل الدار والاخر نصفها فيجعل اخسهما سهما
فجعل نصف الدار سهما واذا جعل نصف الدار سهما صار الكل سهمين فمدعي
الكل يدعي سهمين ومدعي النصف يدعي سهما واحدا فيعطي هذا سهمين
وهذا سهما واحدا فكانت الدار بينهما اثلاثا ثلثاها لمدعي الكل وثلثها لمدعي
النصف والصحيح قسمة ابي حنيفة رحمه الله لان الحاجة الى القسمة لضرورة
الدعوى والمنازعة ووقوع التعارض في الحجة ولا منازع لمدعي الكل الا في
النصف فلا يتحقق التعارض الا فيه فيسلم له ما وراه لقيام الحجة عليه وخلوها
عن المعارض وكان ما قاله ابو حنيفة رحمه الله عملا بالدليلين بالقدر الممكن وانه
واجب هذا اذا كانت الدار في يد ثالث فان كانت في ايديهما فيقسم مدعي
الكل اولى لانه خارج لانه يدعي على صاحبه النصف الذي في يده ومدعي النصف
لا يدعي شيا هو في يد صاحبه لانه لا يدعي الا النصف والنصف في يده فكان
مدعي الكل خارجا ومدعي النصف صاحب يد فكانت بينة الخارج اولى
فيقضى له بالنصف الذي في يد صاحبه ويترك النصف الذي في يده على حاله
هذا اذا ادعى الخارجان شيا في يد ثالث فانكر الذي في يديه فاقاما
البينة فان لم تقم لهما بينة وطلب يمين المنكر يحلف لكل واحد منهما فان نكل
لهما جميعا يقضى لهما بالنكول لان النكول حجة عندنا وان حلف لاحدهما ونكل

للاخر

للاخر يقضى للذي نكل لوجود الحجة في حقه وان حلف لكل واحد منهما ترك المدعى
في يده قضا ترك لا قضا استحقاق حتى لو قامت لهما البينة بعد ذلك تقبل
بينتهما ويقضى لهما بخلاف ما اذا اقاما البينة وقضي بينهما نصفين ثم اقام
صاحب اليد البينة على انه ملكه انه لا تقبل بينته وكذا اذا اقام احد المدعيين
البينة على النصف الذي استحقه صاحبه بعد ما قضي بينهما نصفين لا تسمع
بينته ووجه الفرق ان بالترك في يد المدعى عليه لم يكن كل واحد من المدعيين
مقضيا عليه حقيقة فتسمع منهما البينة فاما صاحب اليد فقد صار مقضيا
عليه حقيقة وكذا كل واحد من المدعيين بعد ما قضي بينهما نصفين صار
مقضيا عليه في النصف والبينة من المقضي عليه غير مسموعة الا اذا ادعى
التلقي من جهة المستحق او النتاج وكذا لو ادعى بايع المقضي عليه او بايع بايعه
هكذا واقام البينة لا تسمع دعواه ولا تقبل بينته لان القضا عليه قضا
على الباعة كلهم في حق بطلان الدعوى ان لم يكن قضا عليهم في حق ولاية
الرجوع بالثمن الا اذا قضى القاضي لهذا المشتري بالرجوع على بايعه فيرجع
هذا البايع على بايعه ايضا هكذا فرق بين هذا وبين الحرية الاصلية ان
القضا بالحرية قضا على الناس كافة في حق بطلان الدعوى وثبوت ولاية
الرجوع بالثمن على الباعة ووجه الفرق بين العتق والملك على نحو ما ذكرنا
من قبل هذا اذا انكر الذي في يده فان اقر به لاحدهما فهذا لا يخلو
من احد وجهين اما ان كان قبل اقامة البينة واما ان كان بعد اقامة البينة
فان اقر قبل اقامة البينة جاز اقراره ودفع الى المقر له لان المدعى في يده وملكه
من حيث الظاهر فيملك التصرف فيه بالاقرار وغيره وان اقر بعد اقامة
البينة قبل التزكية لم يجز اقراره لانه تضمن ابطال حق الغير وهو البينة
وكان اقرارا على غيره فلا يصح في حق ذلك الغير ولكن يؤمر بالدفع الى
المقر له لان اقراره في نفسه صحيح وكذا البينة قد لا يتصل بها التزكية فيؤمر
بالدفع الى المقر له في الحال واذا زكيت البينتان يقضى بينهما نصفين لانه
تبين ان المدعى كان بينهما نصفين فظهر ان اقراره كان ابطالا لحق الغير فلم
يصح فالتحق بالعدم وان اقر بعد اقامة البينة وبعد التزكية يقضى بينهما
لما ذكرنا ان اقراره لم يصح وكان ملحقا بالعدم هذا اذا كانت الدعوى
من الخارج على ذي اليد فاما اذا كانت من صاحبي اليد احدهما على صاحبه
بان كان المدعى في ايديهما فان اقام احدهما البينة انه له يقضى له بالنصف

قضاء ترك

م عليه صح

م ادعى صح

م او من الخارجين على ذي اليد صح

الذي في يد صاحبه والنصف الذي كان في يده يترك في يده وهو معنى قضاء الترك
ولو اقام كل واحد منهما البينة انه له يقضي لكل واحد منهما بالنصف الذي في يد
صاحبه لان كل واحد منهما في ذلك النصف خارج ولو لم يقم احدهما بينة يترك
في ايديهما قضاء ترك حتى لو اقامت لاحدهما بعد ذلك بينة تقبل لانه لم يصر
مقضيا عليه حقيقة هذا اذا لم توقت البينتان فان وقتتا فان اتفق
الوقتان فكذلك وان اختلفا فالاسبق اولى عند ابي حنيفة وابي يوسف واما
عند محمد فلا عبرة للوقت في بينة صاحب اليد فيكون بينهما نصفين وان وقتت
احداهما دون الاخرى يكون بينهما عند ابي حنيفة ومحمد والوقت ساقط
وعند ابي يوسف هو لصاحب الوقت والحجج قد مرت من قبل واما حكم تعارض
البينتين القائمتين على قدر الملك فالاصل ان البينة المظهرة للزيادة اولى كما اذا
اختلف المتبايعان في قدر الثمن فقال البائع بعتك هذا العبد بالفي درهم وقال
المشتري اشتريته منك بالف واقاما البينة فانه يقضي ببينة البائع لانها
تظهر زيادة الف وكذا لو اختلفا في قدر المبيع فقال البائع بعتك هذا العبد
بالف وقال المشتري اشتريت منك هذا العبد وهذه الجارية بالف
واقاما البينة يقضي ببينة المشتري لانها تظهر زيادة وكذا لو اختلف
الزوجان في قدر المهر فقال الزوج تزوجتك على الف وقالت المراة تزوجتني
على الفين واقاما البينة يقضي ببينة المراة لانها تظهر فضلا ثم انما كانت
بينة الزيادة اولى لانه لا معارض لها في قدر الزيادة فيجب العمل بها في ذلك
القدر لخلوها عن المعارض ولا يمكن الا في الباقي فيجب العمل بها في الباقي ضرورة
وجوب العمل بها في الزيادة ولا يلزم على هذا الاصل ما اذا اختلف الشفيع
والمشتري في قدر ثمن الدار المشفوعة فقال الشفيع اشتريتها بالف وقال
المشتري اشتريتها بالفين واقاما البينة انه يقضي ببينة الشفيع عند ابي حنيفة
ومحمد وان كانت بينة المشتري تظهر الزيادة لان البينة انما تقبل من
المدعي لانها جعلت حجة المدعي في الاصل والمدعي هنالك هو الشفيع لوجود حد
المدعي فيه وهو ان يكون مخيرا في الخصومة بحيث لو تركها يترك ولا يجبر عليها
واما المشتري فمجبور على الخصومة الا ترى لو تركها لا يترك بل يجبر عليها فكان
هو مدعا عليه والبينة حجة المدعي لا حجة المدعى عليه في الاصل لذلك قضي ببينة
الشفيع لا ببينة المشتري بخلاف ما اذا اختلف البائع والمشتري في قدر
الثمن لان هناك البائع هو المدعي لانه المخير في الخصومة ان شاء خاصم وان شاء لا

فيه صح

بالعمل صح

وفيما اذا اختلفا في قدر المبيع المدعي هو المشتري الا ترى لو ترك الخصومة يترك وكذا
في باب النكاح المدعي في الحقيقة هو المراة لما قلنا فهو الفرق ووجه اخر من الفرق
نذكره في كتاب الشفعة ان شاء الله تعالى وعلى هذا يخرج اختلاف المتبايعين في
اجل الثمن وفي اصل الاجل او في قدره واقاما البينة ان البينة بينة المشتري
لانها تظهر الزيادة وكذا لو اختلفا في مضيه واقاما البينة فالبينة بينة المشتري
انه لم يمض لانها تظهر زيادة وعلى هذا يخرج اختلافهما في المسلم فيه في قدره
او جنسه او صفته مع اتفاقهما على راس المال واقاما البينة بعد تفرقهما ان
البينة بينة رب السلم ويقضي بسلم واحد بالاجماع لانهما اتفقا على ان المسلم اليه
لم يقبض الا راس مال واحد وان اختلفا قبل التفرق فكذلك ويقضي بسلم
واحد عند ابي حنيفة وابي يوسف وعند محمد تقبل البينتان جميعا ويقضي
بسلمين وجه قول محمد ان كل واحدة من البينتين قامت على عقد على حدة
لاختلاف البدلين فيعمل بهما ويقضي بسلمين اذ لا تنافي بينهما ولهما انهما اتفقا
على عقد واحد وانما اختلفا في قدر المعقود عليه قدرا او جنسا او صفة وبينة رب
السلم تظهر زيادة فكانت اقوى ولو اختلفا في راس المال في قدره او جنسه
او صفته مع اتفاقهما على المسلم فيه فالبينة بينة المسلم اليه عندهما وعنده تقبل
البينتان جميعا ويقضي بسلمين والحجج على نحو ما ذكرنا هذا اذا تصادقا ان راس
المال كان دينا فان تصادقا انه عين واختلفا في المسلم فيه فان كان راس المال
عينا واحدة يقضي بسلم واحد كما اذا قال رب السلم اسلمت اليك هذا الثوب
في كر حنطة وقال المسلم اليه في كر شعير فالبينة بينة رب السلم لان راس المال
اذا كان عينا واحدة لا يمكن ان يجعل عقدين فيجعل عقدا واحدا وبينة رب السلم
تظهر زيادة فكانت اولى بالقبول واذا كان عينين وصورته اذا قال رب السلم
اسلمت اليك هذا الفرس في كر حنطة وقال المسلم اليه هذا الثوب في كر
شعير يقضي بسلمين بالاجماع لانه يمكن ان يجعل عقدين فيجعل سلمين هذا
اذا كانت الدعوى دعوى الملك فاما دعوى اليد بان تنازع رجلان في
شيء يدعي كل واحد منهما انه في يده يقيم كل واحد منهما البينة على اليد لقوله
صلى الله عليه وسلم البينة على المدعي واليمين على المدعى عليه ولان الملك
واليد كل واحد منهما مقصود في نفسه فتقع الحاجة الى الاثبات كل واحد
منهما بالبينة فان اقاما جميعا البينة يقضي بكونه في ايديهما لاستوائهما
في الحجة وان اقام احدهما البينة صار صاحب يد وصار مدعا عليه وان لم
تقم لاحدهما بينة فعلى كل واحد منهما لقوله صلى الله عليه وسلم واليمين على

اليمين

من انكر وكل واحد منهما منكر دعوى صاحبه اليد. هذا اذا اقامت
البينتان على الملك او على اليد فاما اذا اقامت احدى البينتين على الملك والاخرى
على اليد فبينة الملك اولى نحو ما اذا اقام الخارج البينة على ان الدار له منذ
سنتين يقضى بها للخارج لان البينة القائمة على الملك اقوى لان اليد قد
تكون محقة وقد تكون مبطلة كيد الغاصب والسارق والمحقة قد تكون
يد ملك وقد تكون يد اعارة واجارة وكانت محتملة فلا تصلح بينتها معارضة
لبينة الملك واما دعوى النسب فالكلام في النسب في الاصل في ثلاث
مواضع في بيان ما يثبت به النسب وفي بيان ما يظهر به ما يثبت به
نسب الولد من الرجل والثاني في بيان ما يثبت به نسبه من المراة اما
الاول فنسب الولد من الرجل لا يثبت الا بالفراش وهو ان تصير المراة
فراشا له لقوله صلى الله عليه وسلم الولد للفراش وللعاهر الحجر وقوله
الولد للفراش اي لصاحب الفراش الا انه اضمر الصاحب فيه اختصارا كما في
قوله تعالى واسئل القرية ونحو ذلك والمراد من الفراش هو المراة فانها تسمى
فراش الرجل وازاره ولحافه وفي التفسير في قوله تعالى وفرش مرفوعة
انها نساء اهل الجنة فسميت المراة فراشا لما انها تفترش وتبسط بالوطئ
عادة والاستدلال من وجوه ثلاثة احدها ان النبي صلى الله عليه وسلم
اخرج الكلام مخرج القسمة فجعل الولد لصاحب الفراش والحجر للزاني فاقتضى
ان لا يكون الولد لمن لا فراش له كما لا يكون الحجر لمن لا زنا منه اذ القسمة تنفي
الشركة والثاني انه جعل الولد لصاحب الفراش ط ولو ثبت نسب ولد لمن ليس
بصاحب الفراش لم يكن كل جنس الولد لصاحب الفراش وهذا خلاف النص
فعلى هذا اذا زنى رجل بامراة فجاءت بولد فادعاه الزاني لم يثبت نسبه
منه لانعدام الفراش واما المراة فيثبت نسبه منها لان الحكم في جانبها يتبع
الولادة على ما نذكر وقد وجد وكذلك لو ادعى رجل عبدا صبيا في يدي
رجل انه ابنه من الزنا لم يثبت نسبه منه كذبه المولى او صدقه لما ذكرنا
ولو ملك الولد بوجه من الوجوه عتق عليه لانه اقر انه مخلوق من مائه
ولو ملك امه لم تصر ام ولد له لان امومية الولد تتبع ثبات النسب ولم يثبت
وكذلك لو كان هذا العبد لابن المدعي او عمه لما ذكرنا ولو كان لابن المدعي فقال
هو ابني من الزنا ثبت نسبه منه وهو مخطئ في قوله من الزنا لانه يصير
متملكا الجارية عندنا قبيل الاستيلاد او مقارنا له ولا يتحقق الوطئ زنا مع
ثبوت الملك وان كان المدعي غير الاب فقال هو ابني منها ولم يقل من الزنا فان

م فيستحلف صح

م واقام ذو اليد البينة على انها في يده منذ ثلاث سنين صح

م النسب وفي بيان صفة النسب الثابت اما الاول فالكلام فيه في موضعين احدهما في بيان صح

م بالحديث صح

م جعل صح

ط ونفاه عن الزاني بقوله وللعاهر الحجر لان مثل هذا الكلام يستعمل للنفي والثالث انه جعل كل جنس الولد لصاحب الفراش صح

م لان صح

صدقه المولى ثبت نسبه منه ويكون عبدا للمولى الام وان كذبه لا يثبت النسب
للحال واذا ملكه المدعي ثبت النسب ويعتق عليه لان الاقرار بالبنوة مطلقا
عن الجهة محمول على جهة مصححة للنسب الا انه لم يظهر نفاذه للحال لقيام
ملك المولى فاذا ملكه زال المانع وكذلك لو قال هو ابني من نكاح فاسد او
شراء فاسد او ادعى شبهة بوجه من الوجوه او قال احلها لي الله ان صدقه
المولى يثبت النسب وان كذبه لم يثبت ما دام عبدا فاذا ملكه ثبت النسب
ويعتق عليه لان العقد الفاسد ملحق بالصحيح في اثبات النسب وكذلك الشبهة
فيه ملحقة بالحقيقة وكان هذا اقرارا بالنسب بجهة مصححة للنسب شرعا
الا انه امتنع ظهوره للحال لحق المولى فاذا زال ظهر وعتق لانه ملك ابنه
وان ملك امه كانت ام ولد له لانه وجد سبب امومية الولد وهو ثبوت
النسب بناء على وجود سبب الثبوت وهو الاقرار بالنسب بجهة مصححة له
شرعا الا انها توقفت على شرطها وهو الملك وقد وجد بخلاف الفصل
الاول لان هناك لم يوجد سبب امومية الولد اصلا لانعدام سبب ثبوت
النسب وهو الاقرار بجهة مصححة له شرعا وعلى هذا اذا تصادق الزوجان
على ان الولد من الزنا من فلان لا يثبت النسب منه ويثبت من الزوج لان
الفراش له وعلى هذا اذا ادعى رجل صبيا في يدي امراة فقال هو ابني
من الزنا وقالت المراة هو من النكاح لا يثبت نسبه من الرجل ولا من المراة لان
الرجل اقر انه ابنه من الزنا والزنا لا يوجب النسب والمراة تدعي النكاح والنكاح
لا بد له من حجة وكذلك لو كان الامر على العكس بان ادعى الرجل انه ابنه من
النكاح وادعت المراة انه من الزنا لما قلنا ولو قال الرجل بعد ذلك في الفصل
الاول هو من النكاح او قالت المراة بعد ذلك في الفصل الثاني هو من النكاح ثبت
النسب وان كان ذلك منهما تناقضا لان التناقض ساقط الاعتبار شرعا في باب
النسب كما هو ساقط الاعتبار شرعا في باب العتق لما ذكرنا واما الثاني
فنسب الولد من المراة يثبت بالولادة سواء كانت بالنكاح او بالسفاح لان
اعتبار الفراش انما عرفناه بالشرع وهو قوله صلى الله عليه وسلم الولد للفراش
اي لمالك الفراش ولا فراش للمراة لانها مملوكة وليست بمالكة فبقي الحكم في جانبها
متعلقا بالولادة واذا عرفت ان نسب الولد من الرجل لا يثبت الا اذا صارت
المراة فراشا له فلا بد من معرفة ما تصير المراة به فراشا وكيفية عمله في
ذلك فنقول وبالله التوفيق المراة تصير فراشا باحد امرين احدهما عقد

م وهي الفراش صح

النكاح والثاني ملك اليمين الا ان عقد النكاح يوجب الفراش بنفسه لكونه
عقدا موضوعا لحصول الولد شرعا وعرفا قال النبي صلى الله عليه وسلم تناكحوا
توالدوا تكثروا فاني اباهي بكم الامم يوم القيامة ولو بالسقط وكذا الناس
يقدمون على النكاح لغرض التوالد عادة فكان النكاح سببا مفضيا الى حصول
الولد فكان سببا لثبات النسب بنفسه ويستوي فيه النكاح الصحيح
والفاسد اذا اتصل به الوطي لان النكاح الفاسد منعقد في حق الحكم عند بعض
مشايخنا لوجود ركن العقد من اهله في محله وانما فات شرط من شرايط الصحة
وهذا لا يمنع انعقاده في حق الحكم كالبيع الفاسد الا انه يمنع من الوطي لغيره
وهذا لا يمنع ثبات النسب كالوطي في حالة الحيض والنفاس وسوا كانت
المنكوحة حرة او امة لان المقصود من فراش الزوجية لا يختلف واما
ملك اليمين فغير ام الولد يوجب الفراش بنفسه ايضا لانه ملك يقصد
به حصول الولد عادة كملك النكاح مفضيا الى حصول الولد كملك النكاح
الا انه اضعف منه لانه لا يقصد به ذلك مثل ما يقصد بملك النكاح
ولذا يحتمل النقل الى غيره بالتزويج وينتفي بمجرد النفي من غير لعان
بخلاف ملك النكاح واما في الامة فلا يوجب الفراش بنفسه بالاجماع
حتى لا تصير الامة فراشا بنفس الملك بلا خلاف وهل تصير فراشا
بالوطي اختلف فيه قال اصحابنا لا تصير فراشا الا بقرينة الدعوة وقال
الشافعي تصير فراشا بنفس الوطي من غير دعوة وعبارة مشايخنا في
هذا الباب الفرش ثلاثة فراش قوي وفراش ضعيف وفراش وسط
فالقوي فراش المنكوحة حتى يثبت النسب من غير دعوة ولا ينتفي الا باللعان
والوسط فراش ام الولد حتى يثبت النسب من غير دعوة وينتفي بمجرد
النفي من غير لعان والضعيف فراش الامة حتى لا يثبت النسب فيه الا
بالدعوة عندنا خلافا للشافعي وجه قول الشافعي ان ثبات النسب
منه لحصول الولد من مايه وهذا يحصل بالوطي من غير دعوة لان الوطي
سبب لحصول الولد فقصد منه ذلك اولا ولنا ان وطي الامة لا يقصد به
حصول الولد عادة لانها لا تشترى للوطي عادة بل للاستخدام والاسترباح
ولو وطيت فلا يقصد بوطيها حصول الولد عادة لان الولد لا يحصل الا
بترك العزل والظاهر في الاما هو العزل والعزل من غير ضرر ظاهر
مشروع فلا يكون وطيها سببا لحصول الولد الا بقرينة الدعوة ولانه

لما ادعى علم بقرينة الدعوة انه وطيها ولم يعزل عنها والوطي من غير عزل سبب
لحصول الولد فيثبت النسب حتى لو كان المولى وطيها وحصنها ولم يعزل عنها
لا يحل له النفي فيما بينه وبين الله تعالى بل يلزمه الدعوى والاقرار به لانه اذا
كان كذلك فالظاهر انه ولده فلا يحل له نفيه فيما بينه وبين الله تعالى بلا
خلاف بين اصحابنا واختلفوا فيما اذا وطيها وحصنها ولكن عزل عنها
او لم يعزل عنها ولكنه لم يحصنها قال ابو حنيفة رحمه الله يحل له النفي وقال
ابو يوسف احب الي ان يدعي اذا كان وطيها ولم يعزل عنها وان لم يحصنها
وقال محمد احب الي ان يعتق ولدها ويستمتع بامه الى ان يفرق موته ان صح
فيعتقها وجه قول ابي يوسف انه اذا وطيها ولم يعزل عنها احتمل كون
الولد منه فلا يحل له النفي بالشك والاحتمال ولابي حنيفة رحمه الله انه اذا
لم يحصنها احتمل كونه من غيره فلا يلزمه الاقرار به بالشك لان غير الثابت
بيقين لا يثبت بالشك كما ان الثابت بيقين لا يزول بالشك وجه
قول محمد انه اذا احتمل كونه من غيره لا يلزمه الاقرار به كما قاله ابو حنيفة
ولما احتمل كونه منه لا يجوز له النفي ايضا كما قال ابو يوسف ولكن يسلك
فيه مسلك الاحتياط فيعتق الولد صيانة عن استرقاق الحر عسى ويستمتع بامه
لان الاستمتاع بالامة وام الولد مباح ويعتقها عند موته صيانة عن استرقاق
الحرة بعد موته ويستوي في فراش الملك ملك كل المحل وبعضه وملك الذات
وملك اليد في ثبوت النسب وبيان ذلك في مسايل
اذا حملت الجارية في ملك رجلين فادعاه احدهما ثبت نسب الولد منه
لان ما له من الملك اوجب النسب بقدره الا ان النسب لا يتجزى فمتى ثبت في
البعض يتعدى الى الكل وتصير الجارية ام ولد له وعليه نصف قيمتها لشريكه
ونصف العقر ولا يضمن قيمة الولد وهو من مسايل كتاب العتاق ولو ادعياه
جميعا معا فهو ابنهما والجارية ام ولدهما وهذا عندنا وقال الشافعي هو
ابن احدهما ويتعين بقول القايف وجه قول الشافعي انا علاق ولد واحد
من ما رجلين مستحيل عادة ما اجرى الله تعالى العادة بذلك الا في الكلاب على ما
قيل فلا يكون الولد الا من احدهما ويعرف ذلك بقول القافة لان الشرع
ورد بقبول قول القايف في النسب فانه روي ان قايفا مر باسامه وزيد
وهما تحت قطيفة واحدة قد غطى وجوههما وارجلهما بادية فقال
ان هذه الاقدام تشبه بعضها بعضا فسمع رسول الله صلى الله عليه وسلم ففرح بذلك

حتى كادت تبرق اسارير وجهه فقد اعتبر صلى الله عليه وسلم قول القايف حيث لم
يرد عليه بل قرره باظهار الفرح ولنا اجماع الصحابة رضوان الله عليهم اجمعين
فانه روي ان هذه الحادثة وقعت في زمن عمر رضي الله عنه فكتب الى شريح رحمه
الله لبّسا فلبّس عليهما ولو بيّنا لبيّن لهما هو ابنهما يرثهما ويرثانه وكان ذلك بمحضر
من الصحابة رضي الله عنهم ولم ينقل انه انكر عليه منكر فيكون اجماعا ولان سبب
استحقاق النسب قد وجد لكل واحد منهما فيثبت بقدر الملك قضية للسبب
ثم يتعدى لضرورة عدم التجزي فيثبت نسبه من كل واحد منهما على الكمال
واما فرح رسول الله صلى الله عليه وسلم وترك الرد والنكير فاحتمل انه لم يكن لاعتبار
قول القايف حجة لوجه اخر وهو ان الكفار كانوا يطعنون في نسب اسامة رضي
الله عنه وكانوا يعتقدون القيافة فلما قال القايف ذلك فرح رسول الله صلى الله عليه
وسلم لظهور بطلان قولهم بما هو حجة عندهم فكان فرحه في الحقيقة لزوال
الطعن بما هو دليل الزوال عندهم والمحتمل لا يصلح حجة وكذلك لو كانت الجارية
بين ثلاثة او اربعة او خمسة فادعوه جميعا معا فهو ابنهم جميعا ثابت نسبه منهم
والجارية ام ولد لهم عند ابي حنيفة رحمه الله وقال ابو يوسف لا يثبت من اكثر
من اثنين وقال محمد لا يثبت من اكثر من ثلاثة وجه قول ابي يوسف ان
القياس انه لا يثبت النسب من اكثر من رجل واحد لما ذكره الشافعي الا انا
تركنا القياس في الرجلين باثر عمر رضي الله عنه فبقي حكم الزيادة مردودا الى
اصل القياس وجه قول محمد ان الشرع الوارد في الاثنين يكون واردا في الثلاثة
ولابي حنيفة ان الموجب لثبات النسب لا يفصل بين عدد المثنى والخمسة
فالفصل بين عدد وعدد يكون تحكما من غير دليل وسواء كانت الانصبا متفقة او
مختلفة بان كان لاحدهم السدس وللاخر الربع وللاخر الثلث وللاخر
ما بقي فالولد ابنهم جميعا فحكم النسب لا يختلف لان سبب ثبات النسب هو
اصل الملك لا وصف الكمال واما حكم الاستيلاد فيثبت في نصيب كل
واحد منهما بقدر حصته من الملك ولا يتعدى الى نصيب غيره ولو كانت
الجارية بين الاب والابن فجاءت بولد وادعياه جميعا معا فالاب اولى عند
علمائنا الثلاثة وقال زفر يثبت النسب منهما جميعا وجه قوله انهما استويا
في سبب الاستحقاق وهو اصل الملك فيستويان في الاستحقاق ولنا ان الترجيح
لجانب الاب لان نصف الجارية ملكه حقيقة وله حق تملك النصف الاخر
وليس للابن الا ملك النصف وكان الاب اولى ويملك نصيب الابن من الجارية

بالقيمة ضرورة ثبوت الاستيلاد في نصيبه لانه لا يتجزى فلا يتصور ثبوته
في البعض دون البعض كما في الجارية المشتركة بين الاجنبيين ويضمن كل منهما
للاخر نصف العقر لان الوطي من كل واحد منهما في قدر نصيب شريكه حصل في
غير الملك كما في الاجنبيين وهذا بخلاف حالة الانفراد فان امة الرجل اذا
جاءت بولد فادعاه ابوه ثبت نسبه منه ولا عقر عليه عند اصحابنا الثلاثة
لان هناك صار متملكا الجارية ضرورة صحة الاستيلاد سابقا عليه او مقارنا
له لانعدام حقيقة الملك فحصل الوطي في الملك وهاهنا الاستيلاد صحيح بدون
التملك لقيام حقيقة الملك في النصف فلا حاجة الى التمليك لصحة الاستيلاد
وانه صحيح بدونه وانما يثبت ضرورة ثبوت الاستيلاد في نصيبه لانه
لا يحتمل التجزي على ما ذكرنا فهو الفرق وكذلك الجد عند عدم الاب لانه بمنزلة
الاب عند عدمه ولو كان بين الجد والحافد جارية فجاءت بولد فادعياه
معا والاب حي يثبت النسب منهما جميعا لان الجد حال قيام الاب بمنزلة الاجنبي
ولو ادعى الولد احد المالكين وابو المالك الاخر فالمالك اولى لان له
حقيقة الملك ولاب المالك الاخر حق التملك وكان المالك الحقيقي اولى
هذا كله اذا كان الشريكان المدعيان حرين مسلمين فان كان احدهما
حرا والاخر عبدا فالحر اولى لان اثبات النسب منه انفع حيث يصل هو الى
حقيقة الحرية وامه الى حق الحرية وكذا لو كان احدهما حرا والاخر مكاتبا
فالحر اولى لان الولد يصل الى حقيقة الحرية ولو كان احدهما مكاتبا والاخر
عبدا فالمكاتب اولى لانه حر يدا فكان انفع للولد ولو كانا عبدين ثبت
النسب منهما جميعا لكن هل يشترط فيه تصديق المولى ففيه روايتان
ومنهم من وفق بين الروايتين فحمل شرط التصديق على ما اذا كان
العبد محجورا وحمل الاخرى على ما اذا كان ماذونا عملا بالروايتين جميعا
ولو كان احدهما مسلما والاخر ذميا فالمسلم اولى استحسانا والقياس
ان يثبت نسبه منهما وهو رواية الحسن عن ابي حنيفة وزفر وجه
القياس ان النسب حكم الملك وقد استويا في الملك فيستويان في حكمه
كما في سائر الاحكام المتعلقة بالملك وجه الاستحسان ان اثبات النسب
من المسلم انفع للصبي لانه يحكم باسلامه تبعا له وكذلك لو كان احدهما
كتابيا والاخر مجوسيا فالقياس ان يثبت النسب منهما جميعا لاستواهما
في الملك وفي الاستحسان الكتابي اولى لانه اقرب الى الاسلام من المجوسي وكان

م واحد صح

م فيضمن كل واحد منهما نصف العقر للاخر ثم يتقاصان النصف بالنصف قصاصا كما في الاجانب صح

م للصبي صح

م بل صح

م الحمل الواحد يجوز ان يكون ثلاثة اولاد وكل واحد منهم يجوز ان يخلق من ماء على حدة وقد جاء عن ابراهيم النخعي انه اثبت النسب من ثلاثة فاما الزيادة على الثلاثة في حمل واحد فنادر غاية الندرة

م الملك صح

انفع للصبي لانه يمكنه ان يكتسب الاسلام بنفسه اذا عقل ولا يمكنه اكتساب الحرية
بحال ولو كان احدهما ذميا والآخر مرتدا فهو ابن المرتد لان ولد المرتد على حكم
الاسلام الا ترى انه اذا بلغ كافرا يجبر على الاسلام واذا اجبر عليه فالظاهر انه يسلم وكان
هذا انفع للصبي هذا كله اذا خرجت دعوة الشريكين معا فاما اذا سبقت دعوة
احدهما في هذه الفصول كلها كائنا من كان فهو اولى لان النسب اذا ثبت من انسان
في زمان لا يحتمل الثبوت من غيره بعد ذلك الزمان هذا اذا حملت الجارية في
ملكهما فجاءت بولد فادعاه احدهما او ادعياه جميعا فاما اذا كان قبل الشراء بان
اشترياها وهي حامل فجاءت بولد فادعاه احدهما فاما حكم نسب الولد وصيرورة
الجارية ام ولد له وضمان نصف قيمة الام موسرا كان او معسرا فلا يختلف ويختلف
حكم العقر والولد فلا يجب العقر هاهنا ويجب هناك لان الاقرار بالنسب
هاهنا لا يكون اقرارا بالوطء لتيقننا بعدم العلوق في الملك بخلاف الاول
والولد يكون بمنزلة عبد بين شريكين اعتقه احدهما لان ابتداء العلوق
لم يكن في ملكه فلم يجز استناد الدعوى الى حالة العلوق الا انه ادعى نسب
ولد بعضه على ملكه ودعوى الملك بمنزلة انشاء العتق ولو اعتق هذا
الولد يضمن نصيب شريكه منه ان كان موسرا ولم يضمن ان كان معسرا كذا
هذا بخلاف ما اذا علقت الجارية في ملكهما لان هناك استندت الدعوة الى
حال العلوق فسقط الضمان وهاهنا لا تستند فلا بد من افراد الولد بالضمان
والولاء بينهما فان ادعياه جميعا معا فهو ابنهما ولا عقر لواحد منهما على صاحبه
كما في الاول ولا يفترقان الا في الولاء فانه يثبت هاهنا ولا يثبت هناك لان الدعوة
ثمة دعوة استيلاد فيعلق الولد حرا والدعوة هاهنا دعوة تحرير وانه يوجب
استحقاق الولاء قال النبي صلى الله عليه وسلم الولاء لمن اعتق ولو كانت الجارية
المشتراة زوجة احدهما فجاءت بولد لاقل من ستة اشهر ثبت نسبه من
الزوج من غير دعوة لانها اذا جاءت به لاقل من ستة اشهر فقد تيقنا ان
علوق الولد كان من النكاح وعقد النكاح يوجب الفراش بنسبه ويضمن نصف
قيمة الجارية لانها صارت ام ولد له فصار نصيب شريكه بالقيمة ولا
يضمن قيمة الولد لانه عتق عليه من غير صنعه ولو اشترى اخوان جارية
حاملا فجاءت بولد فادعاه احدهما ثبت نسبه منه وعليه نصف قيمة الولد
لان دعوته دعوة تحرير فاذا ادعاه فقد حرره والتحرير اتلاف نصيب
شريكه فيضمن نصف قيمته ولا يعتق الولد على عمه بالقرابة لان الدعوة من

ولو كان احدهما عبدا مسلما او مكاتبا مسلما والآخر حرا كافرا فالحر اولى لان هذا انفع للصبي ترى انه صح

العلوق

احدهما اعتاق حقيقة فيضاف العتق اليه لا الى القرابة والله اعلم هذا اذا ولدت الجارية
المشتركة ولدا فادعاه احد الشريكين او ادعياه جميعا فاما اذا ولدت ولدين
فادعى كل واحد منهما ولدا على حدة فهذا في الاصل لا يخلو اما ان ولدتهما في
بطن واحد واما ان ولدتهما في بطنين مختلفين والدعوتان اما ان خرجتا
جميعا معا واما ان سبقت احداهما الاخرى فان ولدت الجارية الولدين في
بطن واحد فان خرجت الدعوتان جميعا معا ثبت نسب الولدين منهما جميعا لان
دعوة احد التوأمين دعوة الاخر لاستحالة الفصل بينهما في النسب لعلوقهما من ماء
واحد فكانت دعوة احدهما دعوة الاخر ضرورة وان سبق احدهما بالدعوة
ثبت نسب الولدين منه لانه ثبت نسب المدعى ومن ضرورته ثبوت نسب
الاخر وعتقا جميعا لعلوقهما حرا الاصل وصارت الجارية ام ولد له وغرم
نصف العقر ونصف قيمة الجارية هذا اذا ولدتهما في بطن واحد فاما
اذا ولدتهما في بطنين مختلفين فان خرجت الدعوتان جميعا معا ثبت نسب
الاكبر من مدعي الاكبر بلا شك وصارت الجارية ام ولد له وغرم نصف قيمة
الجارية ونصف العقر لمدعي الاصغر وهل يثبت نسب الولد الاصغر من مدعي
الاصغر فالقياس ان الجارية لما صارت ام ولد لمدعي الاكبر لثبوت نسب
الاكبر منه فمدعي الاصغر يدعي ولد ام ولد الغير ومن ادعى ولد ام ولد
الغير لا يثبت نسبه منه الا بتصديقه ولم يوجد وجه الاستحسان
ان مدعي الاكبر غير مدعي الاصغر حيث اخر الدعوة الى دعوته فصار مدعي
الاصغر بتأخير دعوة مدعي الاكبر الى دعوته مغرورا من جهته
وولد المغرور ثابت النسب حر بالقيمة وعلى مدعي الاصغر العقر لمدعي
الاكبر لكن نصف العقر او كله ففيه اختلاف الروايتين والتوفيق بينهما ممكن
لان رواية نصف العقر على مدعي الاصغر جواب حاصل ما عليه من العقر
بعد التقاص وهو النصف ورواية الكل بيان ما عليه قبله لان مدعي
الاكبر قد غرم نصف العقر لمدعي الاصغر فالنصف بالنصف يلتقيان قصاصا
فلا يبقى على مدعي الاصغر بعد المقاصة الا النصف فامكن التوفيق بين
الروايتين من هذا الوجه وعلى مدعي الاصغر قيمة الولد الاصغر لانه
ولد المغرور وولد المغرور حر بالقيمة باجماع الصحابة رضي الله عنهم اجمعين
فاذا على مدعي الاصغر نصف العقر وكل قيمة الولد وعلى مدعي الاكبر
نصف قيمة الجارية لصيرورتها ام ولد له فيصير نصف قيمة الجارية

ان لا يثبت الا بتصديق مدعي الاكبر وفي الاستحسان يثبت وجه القياس صح

الذي على مدعي الاكبر قصاصا بنصف العقر وقيمة الولد الذي على مدعي الاصغر ويترادان
الفضل هذا اذا خرجت الدعوتان جميعا معًا وادعى احدهما الاكبر
والاخر الاصغر فاما اذا سبق احدهما بالدعوة فان ادعى السابق الاكبر اولا
فقد ثبت نسب الاكبر منه وعتق وصارت الجارية ام ولد له وغرم لشريكه
نصف قيمة الجارية ونصف العقر فبعد ذلك اذا ادعى الاخر الاكبر فقد ادعى
ولد ام ولد الغير فلا بد من التصديق لثبات النسب فان صدقه ثبت النسب
ويكون على حكم امه وان كذبه لا يثبت النسب هذا اذا ادعى السابق بالدعوة
الاكبر اولا فاما اذا ادعى الاصغر اولا ثبت نسب الاصغر منه وعتق وصارت
الجارية ام ولد له وضمن نصف قيمتها ونصف عقرها لشريكه الاخر والاكبر بعد
رقيق بينهما لانه ولد جارية مملوكة بينهما لم يدعه احد فاذا ادعاه الشريك الاخر
بعد ذلك صار كعبد بين اثنين اعتقه احدهما عتق نصيبه وثبت نسبه منه
والشريك الاخر بالخيار ان شاء اعتق نصيبه وان شاء ضمن المعتق قيمة نصيبه
ان كان موسرا وان كان معسرا فله خيار الاعتاق والاستسعاء لا غير وهذا
قول ابي حنيفة وعندهما ان كان موسرا فله التضمين لا غير وان كان معسرا
فله الاستسعاء على ما عرف في العتاق ولو قال احدهما الاكبر ابني والاخر
ابن شريكي ثبت نسب الاكبر منه وصارت الجارية ام ولد له وضمن نصف
قيمة الجارية ونصف العقر لشريكه والاصغر ولد ام ولد اقر بنسبه لشريكه
فان صدقه شريكه ثبت نسبه منه ولا يعتق وان كذبه لا يثبت النسب
وكذلك لو قدم واخر بان قال الاصغر ابن شريكي والاكبر ابني ثبت نسب
الاكبر منه ونسب الاصغر موقوف على تصديق شريكه ولو قال احدهما
الاصغر ابني والاكبر ابن شريكي او قدم واخر فقال الاكبر ابن شريكي والاصغر
ابني ثبت نسب الاصغر منه وعتق وصارت الجارية ام ولد له وضمن
لشريكه نصف قيمة الجارية ونصف العقر ونسب الاكبر موقوف على
تصديق شريكه فان صدقه ثبت النسب منه ويغرم لمدعي الاصغر نصف
قيمة الاكبر وان كذبه صار كعبد بين شريكين شهد احدهما على صاحبه
بالاعتاق وكذبه صاحبه على ما عرف في مسائل الاعتاق ولو ولدت الجارية
في يد انسان ثلاثة اولاد فادعى احدهم فهذا لا يخلو اما ان يكون
ولدوا في بطن واحد واما ان ولدوا في بطون مختلفة ولا يخلو اما ان
ادعى احدهم بغير عينه فقال احد هولاء ابني او عين واحدا فقال هذا ابني

لا غير صح

بعينه واما ان ادعى احدهم بغير عينه فان ولدوا في بطن واحد فادعى احدهم صح

عتقوا

عتقوا وثبت نسب الكل منه لان من ضرورة ثبت نسب احدهم ثبوت نسب
الباقين لانهم توام علقوا من ماء واحد فلا ينفصل بعض البعض والبعض في
النسب واذا ثبت نسبهم صارت الجارية ام ولد له هذا اذا ولدوا في
بطن واحد فاما اذا ولدوا في بطون مختلفة فقال الاكبر ابني ثبت نسب
الاكبر منه وصارت الجارية ام ولد له وهل يثبت نسب الاوسط والاصغر
القياس ان لا يثبت وهو قول زفر ويكون حكمهما حكم الام وفي الاستحسان
لا يثبت وجه القياس ظاهر لانه لما ثبت نسب الاكبر فقد صارت
الجارية ام ولد له وكان الاوسط والاصغر ولد ام الولد وولد ام الولد
يثبت نسبه من مولاها من غير دعوة ما لم يوجد النفي فيه ولم يوجد وجه
الاستحسان ان النفي فيه وان لم يوجد نصًا فقد وجد دلالة وهي الاقدام على
تخصيص احدهم بالدعوة فان ذلك دليل نفي البواقي اذ لو لم يكن للتخصيص
البعض مع استواء الكل معنى هذا اذا ادعى الاكبر فاما اذا ادعى الاوسط
فالاوسط حر ثابت النسب وصارت الجارية ام ولد له والاكبر رقيق لانه
ولد على ملكه ولم يدعه احد وهل يثبت نسب الاصغر فهو على ما ذكرنا
من القياس والاستحسان هذا اذا ادعى الاوسط فاما اذا ادعى الاصغر
فالاصغر حر ثابت النسب والجارية ام ولد والاكبر والاوسط رقيقان
لما ذكرنا هذا اذا ادعى احدهم بعينه فاما اذا ادعى بغير عينه فقال
احد هولاء ابني فان بين فالحكم فيه ما ذكرنا وان مات قبل البيان عتقت
الجارية بلا شك لانه لما ادعى نسب احدهم فقد اقر ان الجارية ام ولد له
وام الولد تعتق بموت السيد واما حكم الاولاد في العتق فقد
ذكرنا الاختلاف فيه بين ابي حنيفة وصاحبيه في كتاب العتاق
عبد صغير بين اثنين اعتقه احدهما ثم ادعاه الاخر ثبت
نسبه عند ابي حنيفة ونصف ولائه للاخر وعندهما لا يثبت نسبه
بناء على ان الاعتاق يتجزى عند ابي حنيفة فيبقى نصيب المدعي على
ملكه فتصح دعوته فيه وعندهما لا يتجزى ويعتق الكل فلم يبق
للمدعي فيه ملك فلم تصح دعوته وان كان العبد كبيرا فكذلك عند
ابي حنيفة لما ذكرنا انه بقي الملك له في نصيبه وعندهما ان صدقه العبد
ثبت النسب والا فلا لانه عتق كله باعتاق البعض فلا بد من تصديقه
ويخرج على الاصل الذي ذكرنا دعوة العبد الماذون والجارية من اكسابه

ثبوت صح

نفيا للبواقي لم يكن
في استحكام الدعوة صح

انما تصح ويثبت نسب الولد منه لان ملك اليد ثابت له وانه كاف لثبات النسب
ولو ادعى المضارب ولد جارية المضاربة لم تصح اذا لم يكن في المضاربة ربح لانه
لا بد لثبات النسب من ملك ولا ملك للمضارب اصلا لا ملك الذات ولا ملك
اليد اذا لم يكن في المضاربة ربح ولو ادعى ولدا من جارية لمولاه ليس من تجارته
وادعى ان مولاها احلها له او زوجها منه لا يثبت نسبه منه الا بتصديق المولى
لانه اجنبي عن مال المولى لانعدام الملك له فيه اصلا فالتحق بسائر الاجانب
الا في الحد فان كذبه المولى ثم عتق فملك الجارية بوجه من الوجوه نفذت
دعوته لانه اقر بجهة مصححة للنسب لكن توقف نفاذه لحق المولى وقد
زال ولو تزوج الماذون حرة او امة فوطيها ثبت النسب منه سوا كان
النكاح باذن المولى او بغير اذنه لان النسب يثبت بالنكاح صحيحا كان او فاسدا
وعلى هذا دعوة المكاتب ولد جارية من اكسابه صحيحة لان ملكه والتصرف
ثابت له كالماذون واذا ثبت نسب الولد منه لم يجز بيع الولد ولا بيع الجارية
اما الولد فلانه مكاتب عليه ولا يجوز بيع المكاتب واما الام فلان له فيها
حق ملك ينقلب ذلك الحق حقيقة عند الادا فمنع من بيعها والله اعلم والعبد
المسلم والذمي سوا في دعوة النسب وكذلك المكاتب المسلم والذمي لان
الكفر لا ينافي النسب ويستوي في دعوة الاستيلاد وجود الملك وعدمه
عند الدعوة بعد ان كان العلوق في الملك فان كان العلوق في غير الملك كانت
دعوة تحرير فيشترط قيام الملك عند الدعوة فان كان في ملكه تصح وان
كان في ملك غيره لا تصح الا بشريطة التصديق والبينة والكلام فيه ان
الدعوة نوعان دعوة استيلاد ودعوة تحرير فدعوة الاستيلاد هي ان يكون
علوق المدعى في ملك المدعي وهذه الدعوة تستند الى وقت العلوق وتتضمن
الاقرار بالوطي فيتبين انه علق حرا ودعوة التحرير هي ان يكون علوق المدعى
في غير ملكه وهذه الدعوة تقتصر على الحال ولا تتضمن الاقرار بالوطي
لعدم تصور الاستيلاد لعدم الملك وقت العلوق وبيان هذه الجملة
في مسايل اذا ولدت جارية في ملك رجل لستة اشهر فصاعدا فلم يدع الولد
حتى باع الام والولد ثم ادعى الولد صحت دعوته وثبت النسب منه وعتق
وظهر ان الجارية ام ولد له ويبطل البيع في الجارية وفي ولدها وهذا
استحسان والقياس ان لا تصح دعوته ولا يثبت النسب لعدم الملك وقت
الدعوة ووجه الاستحسان ان قيام الملك وقت الدعوة ليس بشرط الصحة

م هذا ا ط البدء

م فيه ح

هذه الدعوة بل الشرط ان يكون علوق الولد في الملك لان هذه الدعوة تستند
الى وقت العلوق فاذا كان علوق الولد في ملك المدعي فقد ثبت له حق
استحقاق النسب وانه لا يحتمل البطلان كما لا يحتمله حقيقة النسب فلم
يبطل بالبيع فصحت دعوته وظهر ان الجارية كانت ام ولد له فلم يصح بيعها
وبيع ولدها فيسترد المشتري بوجه من الوجوه ينظر ان كان ذلك محتملا
للفسخ يفسخ وان لم يكن محتملا للفسخ لا يفسخ الا للضرورة وبيان ذلك اذا كان
المشتري باع الولد او رهنه او وهبه او اجره او كاتبه فادعاه البايع نقض
ذلك وثبت النسب لان هذه التصرفات مما يحتمل النقض والفسخ وكذلك
لو كان المشتري باع الام او كاتبها او رهنها او اجرها او زوجها لما قلنا
ولو كان اعتقها او اعتق الولد لم تصح دعوة البايع لان العتق بعد ثبوته
لا يحتمل البطلان الا الضرورة لانه يعقب اثرا لا يحتمل البطلان وهو الولاء
وكذلك لو مات الولد او قتل لان الميت مستغن عن النسب وكذلك لو كان
المشتري باع الولد فاعتقه المشتري او دبره او مات عنده لم تصح دعوة البايع
لما قلنا ولو كان المشتري اعتق الام او دبرها دون الولد صحت دعوته في الولد
ولم تصح في الام وفسخ البيع في الولد ولا يفسخ في الام لان المانع من الفسخ خص الام
ولا تصير الجارية ام ولد له لان امومية الولد ليست من لوازم ثبات النسب بل
تنفصل عنه في الجملة كمن استولد جارية الغير بالنكاح ثبت نسب الولد منه ولا
تصير الجارية ام ولد له للحال الا ان يملكها بوجه من الوجوه واذا فسخ البيع
في الولد يرد البايع من الثمن حصة الولد فيقسم الثمن على قدر قيمتهما فتعتبر
قيمة ~~الام~~ قيمة الام يوم العقد وقيمة الولد يوم الولادة لانه انما صار ولدا بالولادة
فتعتبر قيمته يومئذ فيسقط قدر قيمة الام ويرد قدر قيمة الولد ولو كان
قطعت يد الولد عند المشتري واخذ ارشها ثم ادعاه البايع ثبت نسبه وسلم
الارش للمشتري لان هذه دعوة الاستيلاد وانها تستند الى وقت العلوق
ومن شان المستند انه يثبت للحال اولا ثم يستند فيستدعي قيام المحل للحال
لاستحالة ثبوت الحكم في الهالك واليد المقطوعة هالكة فلا يمكن تصحيح
الدعوى فيها بطريق الاستناد ويسقط عن البايع من الثمن حصة اليد
لانه سلم البدل للمشتري وهو الارش ولو ماتت الام ثم ادعى البايع صحت
دعوته وثبت النسب لان محل النسب قايم وهو الولد وامومية الولد ليست
من لوازمه على ما بينا فيثبت نسب الولد وان لم تصر الجارية ام ولد له وهل

م الجارية والولد د
الثمن ولو لم يدعه البايع
حتى خرج عن ملكه صح

ده

يرد جميع الثمن عند ابي حنيفة نعم وعند ابي يوسف ومحمد لا يرد الا قدر قيمة
الولد فتعتبر القيمتان ويقسم الثمن على قدر قيمتيهما فما اصاب قيمة الام يسقط وما
اصاب قيمة الولد يرد لانه ظهر ان الجارية ام ولد ومن باع ام الولد ثم هلكت عند
المشتري لا تكون مضمونة عليه عند ابي حنيفة وعندهما تكون مضمونة عليه ولقب
المسئلة ان ام الولد غير متقومة من حيث المالية عنده وعندهما متقومة
وهي من مسائل العتاق وعلى هذا اذا باعها والحبل غير ظاهر فولدت في يد المشتري
لاقل من ستة اشهر فادعى البائع وعلى هذا اذا حبلت الجارية في ملكه فباعها وهي
حامل فولدت عند المشتري لاقل من ستة اشهر فادعاه البائع هذا اذا
ولدت ولدا فاما اذا ولدت ولدين في بطن واحد فادعى البائع فان ادعاهما
يثبت نسب الولدين منه وهذا ظاهر وكذا اذا ادعى احدهما صحت دعوته
ولزمه الولدان جميعا لما مر ان التوأمين لا يحتملان الفصل في النسب لا خلاقهما
من ماء واحد فان ولدت احدهما لاقل من ستة اشهر والاخر لاكثر من ستة
اشهر فادعى احدهما ثبت نسبهما ويجعل كانهما ولدتهما عند البائع فباع
احد الولدين مع الام ثم ادعى الولد الذي عنده ثبت نسبه ونسب الولد المبيع
ايضا سوا كان المشتري ادعاه او اعتقه لما ذكرنا انهما لا يحتملان الفصل
في ثبات النسب فمن ضرورة ثبوت نسب احدهما ثبوت نسب الاخر
وكذلك لو ولدتهما عند المشتري فاعتق احدهما ثم ادعى البائع ثبت نسبهما
جميعا وينتقض العتق ضرورة فرقا بين الولد وبين الام انه لو كان اعتق الام
فادعى البائع لا ينتقض العتق في الام وينتقض في الولد لان العتق لا يحتمل الفسخ
مقصودا وانما يحتمله للضرورة وفي الولد ضرورة وهو ضرورة عدم احتمال
الانفصال في النسب ولا ضرورة في الام لما ذكرنا ان امومة الولد تنفصل عن
ثبات النسب في الجملة ولو قطعت يد احد الولدين ثم ادعاهما البائع ثبت
نسبهما وكان الارش للمشتري لا للبائع الا ان يقيم البائع البينة على الدعوة قبل
البيع فيكون له لما ذكرنا ان ما ثبت بطريق الاستناد ثبت في الحال ثم يستند
فيستدعي قيام المحل للحال واليد المقطوعة هالكة فلا يظهر اثر الدعوة فيها
ولو قتل احدهما ثم ادعاهما البائع ثبت نسبهما وكان قيمة المقتول لورثة
المقتول لا للمشتري فرقا بين القتل والقطع ووجه الفرق ان محل الدعوة
مقصودا هو النفس وانما يظهر في الاطراف تبعا للنفس وبالقطع انقطعت
التبعية فلا يظهر حكم التبعية فيها فسلم الارش للمشتري ونفس كل واحد

م جميعا لاقل من ستة اشهر لانهما جميعا كانا في البطن وقت البيع ولو ولدتهما صح

م حكم صح

من التوأمين اصل في حكم الدعوة فمتى صحت في احدهما تصح في الاخر وان كان مقتولا ضرورة
انه لا يتصور الفصل بينهما في النسب ومتى صحت الدعوة استندت الى وقت العلوق
لانها دعوة الاستيلاد فتبين انهما علقا حرين كان ينبغي ان تجب الدية لورثة
المقتول لا القيمة الا انه وجبت القيمة لان صحة هذه الدعوة بطريق الاستناد
والمستند يكون ظاهرا من وجه مقتصرا ~~من وجه~~ على الحال من وجه فعملنا
بالشبهين فاوجبنا القيمة عملا بشبهة الاقتصار وجعلنا الواجب لورثة المقتول
عملا بشبهة الظهور عملا بالدليلين بقدر الامكان والله اعلم هذا اذا ولدت
في يد المشتري لاقل من ستة اشهر من وقت البيع فان ولدت لستة اشهر فصاعدا
لم تصح دعوة البائع الا ان يصدقه المشتري لانا لم نتيقن بالعلوق في الملك فلم يمكن
تصحيح هذه الدعوة دعوة استيلاد فتصح دعوة تحرير وشرط صحة هذه الدعوة
قيام الملك للمدعي وقت الدعوة ولم يوجد فلا تصح الا اذا صدقه المشتري فتصح
لانه اقر بنسب عبد غيره وقد صدقه الغير في ذلك فيثبت نسبه منه
ويكون عبدا لمولاه ولو ادعى المشتري نسبه بعد تصديقه البائع لم يصح
لما مر ان النسب متى ثبت لانسان في زمان لا يتصور ثبوته من غيره بعد ذلك
هذا كله اذا كان الدعوى من البائع فان كان من المشتري وقد ولدت لاقل من
ستة اشهر صحت دعوته ويثبت النسب لان هذه دعوة تحرير لا دعوة استيلاد
لتيقننا بان العلوق لم يكن في الملك فيستدعي قيام الملك وقت الدعوة وقد
وجد فلو ادعاه البائع بعد ذلك لا تسمع دعوته لما ان نسب واحد من اثنين
على التعاقب ممتنع ولو ادعاه البائع والمشتري جميعا فدعوة البائع اولى لان
دعوته دعوة استيلاد لوقوع العلوق في الملك وانها تستند الى وقت العلوق
ودعوة المشتري دعوة تحرير لوقوع العلوق ~~في الملك~~ في غير الملك بيقين
وانها تقتصر على الحال والمستند اولى لانه سابق في المعنى والاسبق اولى
كرجلين ادعيا تلقي الملك من واحد وتاريخ احدهما اسبق كان الاسبق
اولى كذا هذا وعلى هذا اذا ولدت امة رجل ولدا في ملكه لستة اشهر
فصاعدا فادعاه ابوه ثبت نسبه سوا ادعى شبهة او لا صدقه الابن
او كذبه في ذلك لان الاقرار بنسب الولد اقرار بوطي الجارية والاب اذا
وطي جارية ابنه من غير نكاح يصير متملكا اياها لحاجته الى نسب
ولد يحيي به ذكره ولا يثبت الا بالملك وللاب ولاية تملك مال الابنه عند
حاجته الا ترى انه يتملك ماله عند حاجته الى الانفاق على نفسه لذا ها هنا

م وكذلك لو اعتق المشتري احدهما ثم قتل وترك ميراثا فاخذ ديته وميراثه بالولاء ثم ادعى البائع الولدين فانه يقضى بالحي وامه للبائع ويثبت نسب الولد المقتول منه ويأخذ الدية والميراث من المشتري لما قلنا والله اعلم صح

م النسب صح

م البد صح

الا ان هناك يتملك بغير عوض وهاهنا بعوض وهو قيمة الجارية لتفاوت بين
الحاجتين اذ الحاجة الى ابقا النفس والحاجة هاهنا الى ابقا الذكر والاسم والتملك
بغير عوض اقوى من التملك بعوض لان ما قابله العوض كان تملكا صورة لا معنى
فالشرع دفع كل حاجة بما يناسبها فدفع حاجة استبقا المهجة بالتملك بغير
بدل وحاجة استبقا الذكر بالتملك ببدل رعاية للجانبين جانب الاب
وجانب الابن وتصديق الابن ليس بشرط فلو صدقه الابن في الدعوى والاقرار
او كذبه ثبت النسب فرقا بين هذا وبين المولى اذا ادعى ولد امة مكاتبه انه لا
يثبت نسبه الا بتصديق المكاتب ووجه الفرق ظاهر لانه لا ولاية للمولى على
مال المكاتب وكان اجنبيا عنه فوقعت الحاجة الى تصديقه وللاب ولاية
على مال ابنه فلا يحتاج الى تصديقه لصحة هذه الدعوى لكن من شرط صحة هذه
الدعوى كون الجارية في ملك الابن من وقت العلوق الى وقت الدعوة حتى
لو اشتراها الابن فجاءت بولد لاقل من ستة اشهر وادعاه الاب لم تصح دعوته
لانعدام الملك وقت العلوق وكذا لو باعها فجاءت بولد في يد المشتري لاقل
من ستة اشهر فادعاه الاب لم تصح لانعدام الملك وقت الدعوة وكذلك
لو كان العلوق في ملكه وولدت في ملكه وخرجت عن ملكه فيما بينهما لانقطاع
الملك فيما بينهما ثم انما كان قيام الملك للابن في الجارية من وقت العلوق
الى وقت الدعوة شرط الصحة هذه الدعوة لان الملك يثبت مستندا الى
وقت العلوق ولا يثبت الملك الا بالتملك ولا تملك الا بولاية التملك لان تملك
مال الانسان عليه كرها وتنفيذ التصرف عليه جبرا لا يكون الا بالولاية فلا بد
من قيام الولاية فاذا لم تكن الجارية في ملكه من وقت العلوق الى وقت الدعوة
لم تستمر الولاية فلا يستند الملك وكذلك الاب لو كان كافرا او عبدا فادعى
لا تصح دعوته لان الرق والكفر ينفيان الولاية ولو كان كافرا فاسلم او عبدا
فاعتق فادعى نظر في ذلك ان ولدت بعد الاسلام لاقل من ستة اشهر لم تصح
دعوته لانعدام ولاية التملك وقت العلوق وان ولدت لستة اشهر
فصاعدا صحت دعوته وثبت النسب لقيام الولاية ولو كان معتوها
فافاق فصحت دعوته استحسانا والقياس ان لا تصح لان الجنون مناف للولاية
بمنزلة الكفر والرق وجه الاستحسان انه امر عارض كالاغما وكل عارض على
اصل اذا زال يلتحق بالعدم من الاصل ويجعل كانه لم يكن كما لو اغمي عليه ثم افاق
ولو كان مرتدا فادعى جارية ابنه فدعوته موقوفة عند ابي حنيفة لتوقف

م هناك صح
م والاعتاق صح
م المجنون صح

ولابنه

ولايته وعند ابي يوسف ومحمد صحيحة لنفاذ ولايته بنا على ان تصرفات المرتد
موقوفة عنده وعندهما نافذة واذا ثبت نسب الولد من الاب صارت الجارية
ام ولد له ولا عقر عليه عند اصحابنا الثلاثة وعند زفر والشافعي يجب عليه العقر
وجه قولهما ان الملك يثبت شرطا لصحة الاستيلاد والاستيلاد ايلاج منزل
معلق فكان الفعل قبل الانزال خاليا عن الملك فوجب العقر ولهذا يوجب نصف
العقر في الجارية المشتركة بين الاجنبيين اذا جاءت بولد فادعاه احدهما لان
الوطي في نصيب شريكه حصل في غير الملك فلما وجب نصف العقر ولنا ان
الايلاج المنزل المعلق من اوله الى اخره ايلاج واحد فكان من اوله الى اخره استيلادا
فلا بد ان يتقدمه الملك او يقارنه ومن وطي جارية مملوكة لنفسه فلا عقر عليه
بخلاف الجارية المشتركة لان هناك لم تملك نصيب الشريك شرطا لصحة
الاستيلاد وثبات النسب لان نصف الجارية ملكه وقيام اصل الملك يكفي لذلك
وانما ثبت حكما للثابت في نصيبه قضية للنسب ضرورة انه لا يتجزى وحكم
الشي لا يسبقه بل يتعقبه فوطي المدعي صادف نصيبه ونصيب شريكه ولا ملك
له في نصيب شريكه والوطي في غير الملك يوجب الحد الا ان الحد سقط للشبهة
فوجب العقر وهاهنا الملك ثبت شرطا لثبوت النسب وصحة الاستيلاد
وشرط الشي يكون سابقا عليه او مقارنا له فالوطي صادف ملك نفسه فلا
يوجب العقر ولا يضمن قيمة الولد ايضا لانه علق حرا وان كانت الجارية مملوكة
له ولا علية لان ذلك حكم الاعتاق فيستدعي تقدم الرق ولم يوجد ودعوة
الجد ابو الاب جارية ابن الابن بمنزلة دعوة الولد الاب عند انعدامه او عند
انعدام ولايته فاما عند قيام ولايته فلا حتى لو كان الجد نصرانيا وحافده
مثله والاب مسلم لم تصح دعوة الجد لقيام ولاية الاب ولو كان الاب ميتا
او كافرا او عبدا تصح دعوة الجد لانقطاع ولاية الاب وكذا اذا كان الاب
معتوها من وقت العلوق الى وقت الدعوة صحت دعوة الجد لما قلنا فان
افاق ثم ادعى الجد لم تصح دعوته لانه لما افاق فقد التحق العارض بالعدم
من الاصل فعادت ولاية الاب فسقطت ولاية الجد ولو كان الاب مرتدا
فدعوة الجد موقوفة عند ابي حنيفة ان قتل على الردة او مات صحت دعوة
الجد وان اسلم لم تصح لتوقف ولايته عنده لتوقف تصرفاته وعند ابي يوسف
ومحمد لا تصح دعوة الجد لان تصرفاته عندهما نافذة وكانت ولايته قائمة
هذا اذا وطي الاب جارية الابن من غير نكاح فاما اذا وطيها بالنكاح ثبت

فلما وجب
م يكن صح
م في صح
م ولاء صح
م ولد صح

النسب من غير دعوة سوا وطيها بنكاح صحيح او فاسد لان النكاح يوجب الفراش
بنفسه صحيحا كان او فاسدا ولا يتملك الجارية لانه وطيها على ملك الابن بعقد النكاح
وعند الشافعي لا يجوز هذا النكاح وهو من مسايل كتاب النكاح ويعتق الولد على اخيه
بالقرابة لان النسب انما ثبت بعقد النكاح لا بملك اليمين فبقيت الجارية على
ملك الابن وقد ملك اخاه فيعتق عليه فان ملك الاب الجارية بوجه من الوجوه
صارت ام ولد له لوجود سبب امومية الولد وهو ثبات النسب الا انه يوقف
حكمه على وجود الملك فاذا ملكها صارت ام ولد له هذا كله اذا ادعى الاب
ولد جارية ابنه فاما اذا ادعى ولد ام ولده او مدبرته بان جات بولد فنفاه الابن
حتى انتفى نسبه منه ثم ادعاه الاب لم يثبت نسبه منه في ظاهر الرواية وعليه
نصف العقر وروي عن ابي يوسف انه فرق بين ولد ام الولد وبين ولد المدبرة
فقال لا يثبت نسب ولد ام الولد ويثبت نسب ولد المدبرة من الاب وعليه
قيمة الولد والعقر والولا للابن وجه هذه الرواية ان ثبات النسب لا يقف
على ملك الجارية لا محالة فان نسب ولد الامة المنكوحة يثبت من الزوج والامة
ملك المولى واما القيمة فلانه ولد ثابت النسب علق حرا فاشبه ولد
المغرور فيكون حرا بالقيمة والولد للابن لانه استحقه بالتدبير وانه لا يحتمل
الفسخ بعد الاستحقاق بخلاف ولد ام الولد لان ام الولد فراش لمولاها وكان
الولد مولودا على فراش الابن والمولود على فراش انسان لا يثبت نسبه من غيره
وان انتفى عنه بالنفي كما في اللعان والصحيح جواب ظاهر الرواية لان النسب
لا يثبت الا بالملك وام الولد والمدبر لا يحتملان التملك ويضمن العقر لانه اذا لم يتملكها
فقد حصل الوطي في غير الملك وقد سقط الحد للشبهة فيجب العقر هذا اذا
لم يصدقه الابن في الدعوة بعد ما نفاه فان صدقه يثبت النسب بالاجماع لان
نسب ولد جارية الاجنبي يثبت من المدعي بتصديقه فنسب ولد جارية الابن اولى
ويعتق على الابن لانه اخوه اخوه ملكه وولاوه له لان الولا لمن اعتق ولو
ادعى ولد مكاتبة ابنه لم يثبت نسبه منه لان النسب لا يثبت بدون الملك
والمكاتبة لا تحتمل التملك فلا تصح دعوته الا اذا عجزت فتنفذ دعوته لانها
اذا عجزت فقد عادت قنا وجعل العارض كالعدم من الاصل وصار كما لو ادعى
قبل الكتابة والله اعلم فصل واما بيان ما يظهر به النسب فالنسب
يظهر بالدعوى مرة وبالبينة اخرى اما ظهور النسب بالدعوى فيستدعي
شرايط صحة الدعوى والاقرار بالنسب وقد ذكرناها في كتاب الاقرار الا انه

(هامش: من صح)

قد يظهر بنفس الدعوى وقد لا يظهر الا بشريطة التصديق وجملة الكلام فيه
ان المدعا نسبه لا يخلو اما ان يكون في يد نفسه واما ان لا يكون فان كان
في يد نفسه لا يثبت نسبه من المدعي الا اذا صدقه لانه اذا كان في يد نفسه
فاقراره يتضمن ابطال يده فلا يبطل الا برضاه وان لم يكن في يد نفسه فاما ان
يكون مملوكا واما ان لم يكن فان كان مملوكا ثبت نسبه بنفس الدعوة اذا كان
في ملك المدعي وقت الدعوة وان كان في ملك غيره عند الدعوة فان كان
علوقه في ملك المدعي ثبت نسبه بنفس الدعوة ايضا وان لم يكن علوقه
في ملكه لا يثبت نسبه الا بتصديق المالك على ما ذكرنا وان لم يكن مملوكا فاما
ان لم يكن في يد احد لا في غيره ولا في يد نفسه كالصبي المنبوذ واما ان كان في يد
احد كاللقيط فان لم يكن في يد احد يثبت نسبه بنفس الدعوة استحسانا
والقياس انه لا يثبت لانه ادعى امرا جايز الوجود والعدم فلا بد من مرجح احد الجايز
من مرجح ولم يوجد فلا تصح الدعوة وجه الاستحسان انه عاقل اخبر عما
هو محتمل للثبوت وكل عاقل اخبر عما يحتمل ثبوته يجب تصديقه تحسينا للظن
به هو الاصل الا اذا كان في تصديقه ضرر بالغير وها هنا في التصديق نظر من
الجانبين جانب اللقيط بالوصول الى شرف النسب والحضانة والتربية وجانب
المدعي بولد يستعين به على مصالحه الدينية والدنيوية وتصديق العاقل في
دعوى ما ينتفع به ولا يتضرر غيره واجب ولو ادعاه رجلان ثبت نسبه
منهما عندنا وعند الشافعي لا يثبت الا من احدهما ويتعين بقول القافة على ما ذكرنا
ولو ادعاه اكثر من رجلين فعند ابي حنيفة يثبت نسبه من خمسة وعند ابي يوسف
من اثنين وعند محمد من ثلاثة وقد مرت المسالة ولو ادعته امراتان صحت
دعوتهما عند ابي حنيفة وعندهما لا تصح وسنذكر الحجج من بعد ان شا الله تعالى
هذا اذا لم يكن في يد احد فان كان وهو اللقيط يثبت نسبه من الملتقط بنفس
الدعوة استحسانا والقياس ان لا يثبت الا ببينة وقد ذكرنا القياس والاستحسان
فيما قبل وكذلك من الخارج صدقه الملتقط في ذلك او كذبه استحسانا والقياس
ان لا يثبت اذا كذبه وجه القياس ان هذا اقرار يتضمن ابطال يد الملتقط
لان يده عليه ثابتة حقيقة وشرعا حتى لو اراد غيره ان ينتزعه من يده
جبرا ليحفظه ليس له ذلك والاقرار المتضمن ابطال حق الغير لا يصح وجه
الاستحسان ان يد المدعي انفع للصبي من يد الملتقط لانه يقوم بحضانته وتربيته
ويتشرف بالنسب فكان المدعي اولى به سوا كان المدعي مسلما او ذميا استحسانا

(هامش: يد صح — بين — وجه القياس — اذا)

والقياس ان لا تصح دعوة الذمي ووجهه انا لو صححنا دعوته واثبتنا نسب الولد منه
للزمنا استتباعه في دينه وهذا يضره فلا تصح دعوته وجه الاستحسان انه
ادعى امرين ينفصل احدهما عن الاخر في الجملة وهو النسب والتبعية في الدين اذ
ليس من ضرورة كون الولد منه ان يكون على دينه الا ترى انه لو اسلمت امه يحكم
باسلامه وان كان ابوه كافرا فيصدق فيما ينفعه ولا يصدق فيما يضره ويكون
مسلما وذكر في النوادر اذا من التقط لقيطا فادعاه نصراني فهو ابنه ثم ان كان
عليه زي المسلمين فهو مسلم وان كان عليه زي الشرك بان يكون في رقبته صليب
ونحو ذلك فهو على دين النصارى هذا اذا اقر الذمي انه ابنه فان اقام البينة
على ذلك فان كان الشهود من اهل الذمة لا تقبل شهادتهم في استتباع الولد
في دينه لان هذه شهادة تضمنت ابطال يد المسلم وهو الملتقط فكانت
شهادة على المسلم فلا تقبل وان كانوا من المسلمين تقبل ويكون الولد على دينه
فرقا بين الاقرار وبين البينة وذلك انه متهم في اقراره ولا تهمة في الشهادة
وسوا كان المدعي حرا او عبدا لانه ادعى شيئين احدهما يحتمل الفصل عن
الاخر وهو النسب والرق فيصدق فيما ينفعه ولا يصدق فيما يضره
وان ادعاه الخارج والملتقط معا فالملتقط اولى لاستوايهما في الدعوى ونفع
الصبي فيترجح باليد فان سبقه دعوة الملتقط لا تسمع دعوة الخارج لانه
ثبت نسبه منه فلا يتصور ثبوته من غيره بعد ذلك الا ان يقيم البينة
لان الدعوى لا تعارض البينة ولو ادعاه خارجان فان كان احدهما مسلما والاخر
ذميا فالمسلم اولى لانه يتبعه في الاسلام وكان انفع للصبي وكذا اذا ادعته
مسلمة وذمية فالمسلمة اولى ولو شهد للمسلم ذميان وللذمي مسلمان
فهو للمسلم لان الحجتين وان تعارضتا فاسلام المدعي كاف للترجيح ولو كان
احدهما حرا والاخر عبدا فالحر اولى لانه انفع للقيط ولو كانا مسلمين
حرين فان ذكر احدهما علامة في بدن اللقيط ولم يذكر الاخر ووافقت
دعوته العلامة فصاحب العلامة اولى لرجحان دعواه بالعلامة لان الشرع
ورد بالترجيح بالعلامة في الجملة قال الله تعالى في قصة يوسف عليه الصلاة
والسلام وشهد شاهد من اهلها ان كان قميصه قد من قبل فصدقت وهو
من الكاذبين وان كان قميصه قد من دبر فكذبت وهو من الصادقين
فلما راى قميصه قد من دبر قال انه من كيدكن ان كيدكن عظيم جعل قد
القميص من خلفه دليل مراودتها اياه لما راى ان ذلك علامة جرها اياه الى

نفسها

نفسها والقد من قدام علامة دفعها اياه عن نفسها وكذلك قال اصحابنا في لؤلؤي ودباغ
في حانوت واحد في ايديهما فيه لؤلؤ واهاب فتنازعا فيهما انه يقضي باللؤلؤ للؤلؤي
وبالاهاب للدباغ وكذلك قالوا في الزوجين اختلفا في متاع البيت ما يكون للرجال
يجعل في يد الرجل وما يكون للنسا يجعل في يدها ونحو ذلك من المسائل بناء على
ظاهر الحال وغالب الامر كذا هذا فان ادعى احدهما علامات في بدن اللقيط
فوافق البعض وخالف البعض ذكر الكرخي انه يثبت نسبه منهما لانه وقع التعارض
في العلامات فسقط الترجيح بها كانه سكت عن ذكر العلامة راسا وان لم يذكر
احدهما علامة اصلا ولكن لاحدهما بينة يقضى له لان الدعوى لا تعارض البينة
ولو لم يكن لاحدهما بينة ثبت نسبه منهما جميعا لاستوايهما في الدعوى وهذا
عندنا وعند الشافعي لا يثبت نسبه الا من احدهما ويتعين بقول القافة على ما
ذكرنا ولو كان المدعي اكثر من رجلين فهو على الاختلاف الذي ذكرنا في الجارية المشتركة
ولو قال احد المدعيين هو ابني وهو غلام فاذا هو جارية لم يصدق لانه
ظهر كذبه بيقين ولو قال احدهما هو ابني وقال الاخر هو ابنتي فاذا
هو خنثى يحكم مباله فان كان يبول من مبال الرجال فهو ابن مدعي البنوة وان
كان يبول من مبال النسا فهو ابنة مدعي البنتية وان كان يبول منهما جميعا
يعتبر السبق فان استويا في السبق فهو مشكل عند ابي حنيفة وعندهما
يعتبر كثرة البول فان استويا في ذلك فهو مشكل لان هذا حكم الخنثى وينبغي
ان يثبت نسبه منهما جميعا ولو قال الملتقط هو ابني من زوجتي فصدقته
هذه صح
فهو ابنهما حرة كانت الزوجة او امة غير انها ان كانت حرة كان الابن حرا بالاجماع
وان كانت امة كان مملوكا لمولى الامة عند ابي يوسف وعند محمد يكون حرا وجه
قول محمد ان نسبه وان ثبت من الامة لكن في جعله تبعا لها في الرق مضرة بالصبي
وفي جعله حرا منفعة له فيتبعها فيما ينفعه ولا يتبعها فيما يضره كالذمي اذا
ادعى نسب لقيط ثبت نسبه منه لكن لا يتبعه في دينه لما قلنا كذا هذا
وجه قول ابي يوسف ان الاصل ان الولد يتبع الام في الرق والحرية وكان من
ضرورة ثبوت النسب منها ان يكون رقيقا والرق وان كان يضره فهو ضرر
يلحقه ضرورة غيره فلا يعتبر ولو ادعته امراة انه ابنها وهي حرة او امة
ذكر في الاصل انها لا تصدق على ذلك حتى تقيم بينة انها ولدته فان اقامت امراة واحدة
على الولادة قبلت اذا كانت حرة عدلة اطلق الجواب في الاصل ولم يفصل بينما اذا
كان لها زوج ام لا منهم من حمل على ما اذا كان لها زوج لانه اذا كان لها زوج كان

في تصحيح دعوتها تحميل النسب على الغير فلا تصح الا بالبينة او بتصديق الزوج فاما اذا لم يكن لها زوج فلا يتحقق التحميل فتصح من غير بينة ووجه الفرق ان النسب في جانب الرجال يثبت بالفراش وفي جانب النسا يثبت بالولادة ولا تثبت الولادة الا بدليل وادنى الدلايل عليها شهادة القابلة ولو ادعته امراتان فهو ابنهما عند ابي حنيفة وكذلك اذا كن خمسة عنده وعند ابي يوسف ومحمد لا يثبت نسب الولد من المراتين اصلا وجه قولهما ان النسب في جانب النسا يثبت بالولادة وولادة ولد واحد من امراتين لا يتصور فلا يتصور ثبوت النسب منهما بخلاف الرجال لان النسب في جانبهم يثبت بالفراش ولابي حنيفة ان سبب ظهور النسب هو الدعوة وقد وجدت من كل واحد منهما وما قالا ان الحكم في جانبهن متعلق بالولادة فنعم لكن في موضع امكن وها هنا لا يمكن فيتعلق بالدعوة وقد ادعياه جميعا فيثبت نسبه منهما وعلى هذا اذا ادعاه رجل وامراتان يثبت نسبه من الكل عند ابي حنيفة وعندهما يثبت من الرجل لا غير ولو ادعاه رجلان وامراتان كل واحد يدعي انه ابنه من هذه المراة والمراة صدقته فهو ابن الرجلين والمراتين عند ابي حنيفة وعندهما ابن الرجلين لا غير واما ظهور النسب بالبينة فنقول وبالله التوفيق البينة يظهر بها النسب مرة ويتاكد ظهوره اخرى فكل نسب يجوز ثبوته من المدعي اذا لم يحتمل الظهور بالدعوة اصلا لا بنفسها ولا بقرينة التصديق بان كان فيه حمل النسب على الغير ونحو ذلك يظهر بالبينة وكذا ما احتمل الظهور بالدعوة لكن بقرينة التصديق اذا انعدم التصديق يظهر ايضا بالبينة وكل نسب يحتمل الظهور بنفس الدعوة يتاكد ظهوره بالبينة كما اذا ادعى اللقيط رجل الملتقط او غيره وثبت نسبه من المدعي ثم ادعاه رجل اخر واقام البينة يقضى له لان النسب وان ظهر بنفس الدعوة لكنه غير موكد فاحتمل البطلان بالبينة وكذا لو ادعاه رجلان معا ثم اقام احدهما البينة فصاحب البينة اولى لما قلنا واذا تعارضت البينتان في النسب فالاصل فيه ما ذكرنا في تعارض البينتين على انه ان امكن ترجيح احداهما على الاخرى يعمل بالراجح وان تعذر الترجيح يعمل بهما الا ان هناك اذا تعذر الترجيح يعمل بكل واحد منهما من وجه بقدر الامكان وها هنا يعمل بكل واحد منهما من كل وجه ويثبت النسب من المدعيين لامكان ثبوت نسب ولد من اثنين على الكمال واستحالة كون الشي الواحد مملوكا لاثنين على الكمال في زمان واحد وجملة الكلام فيه ان تعارض البينتين اما ان يكون بين الخارج وبين ذي اليد واما ان يكون بين

ومنهم من حقق جواب الكتاب واجرى رواية الاصل على اطلاقهما وفرق بين الرجل والمراة حيث يثبت نسبه من الرجل بنفس الدعوة ولا يثبت نسبه منها الا بالبينة صح

بلغ

الملك صح

الخارجين وبين ذي اليد فان كان بين الخارج وبين ذي اليد فبينة ذي اليد اولى فان امكن ترجيح احدهما بوجه من الوجوه من الاسلام والحرية والعلامة واليد وقوة الفراش ونحو ذلك من اسباب الترجيح يعمل بالراجح فان استويا يعمل بهما ويثبت النسب منهما وعلى هذا اذا ادعى احدهما ان اللقيط ابنه وادعى الاخر انه عبده يقضى للذي ادعى انه ابنه لانه يدعي الحرية والاخر يدعي الرق وبينة الحرية اقوى وكذلك لو اقام احدهما البينة انه ابنه من امراة حرة فهو ابن الرجلين وابن المراتين على قياس قول ابي حنيفة وعندهما ابن الرجلين لا غير وقد مرت المسئلة ولو ادعاه رجلان ووقتت بينة كل واحد منهما فان استوى الوقتان ثبت النسب منهما لاستوا البينتين وان كان وقت احدهما اسبق يحكم سن الصبي فيعمل عليه لانه حكم عدل وان اشكل سنه فعلى قياس قول ابي حنيفة يقضى لاسبقهما وقتا وعندهما يقضى لهما وجه قولهما انه اذا اشكل السن سقط اعتبار التاريخ اصلا كانهما سكتا عنه ولابي حنيفة انه اذا اشكل لم يصلح حكما فبقي الحكم للتاريخ فيترجح الاسبق ولو ادعى رجل ان اللقيط ابنه واقام البينة وادعت امراة انه ابنها واقامت البينة فهو بينهما لعدم التنافي في ثبوت نسبه منهما كما اذا ادعاه رجلان وبل اولى وعلى هذا غلام قد احتلم ادعى على رجل وامراته انه ابنهما واقام البينة واقام رجل اخر وامراته البينة ان الغلام ابنهما فاقاما البينة ثبت نسب الغلام من الاب والام الذي ادعاه الغلام انه ابنهما ويبطل نسب الذي انكره الغلام لان البينتين تعارضتا وترجحت بينة الغلام بيده اذ هو في يد نفسه كالخارجين اذا اقاما البينة ولاحدهما يد كان صاحب اليد اولى كذا هذا ولذلك لو كان الغلام نصرانيا واقام بينة من المسلمين على رجل نصراني ونصرانية وادعاه مسلم ومسلمة فبينة الغلام اولى ولا تترجح بينة المدعي المسلم لانه لا يد له وان كان مسلما ولو كانت بينة الغلام نصارى يقضى بالغلام للمسلم والمسلمة لان شهادة الكافر على المسلم غير مقبولة فالتحقت بالعدم فبقي مجرد الدعوى بلا تعارض البينة ويجبر الغلام على الاسلام غلام في يد انسان ادعى صاحب اليد انه ابنه ولدته امته هذه في ملكه واقام البينة على ذلك وادعى خارج ان الغلام ابنه ولدته الامة في ملكه واقام البينة فان كان الغلام صغيرا لا يتكلم يقضى لصاحب اليد لاستوايهما في البينة فيترجح صاحب اليد باليد كما في النكاح وان كان كبيرا يتكلم كان في يد نفسه فالبينة التي يدعيها الغلام اولى وكذلك لو كان الغلام ولدحرة وهما في يدي رجل

لانهما استويا في البينة وترجح صاحب اليد باليد ولو كان بين الخارجين وبين ذي اليد صح

في هذه الحرة واقام الاخر البينة انه ابنه من هذه الامة فهو ابن الحرة لما قلنا ولو اقام كل واحد منهما البينة انه ابنه صح

فقال انا ابن الاخر يقضى بالامة والغلام للخارج لان الغلام اذا كان كبيرا يتكلم صح

فاقام صاحب اليد البينة على انه ولد على فراشه والغلام يتكلم ويدعي ذلك واقام
خارج البينة على مثله يقضي بالمراة والولد للذي هما في يديه لما قلنا وان كان الذي
في يديه من اهل الذمة والمراة ذمية فاقام شهودا مسلمين يقضي بالمراة والولد للذي
هما في يديه لان شهادة المسلمين حجة مطلقة ولو اقام الخارج البينة على انه تزوجها
في وقت كذا واقام الذي في يديه البينة على وقت دونه يقضي للخارج لانه اذا
ثبت سبق احد النكاحين كان المتاخر منهما فاسدا فالبينة القايمة على النكاح
الصحيح اقوى فكانت اولى وعلى هذا غلام قد احتلم ادعى انه ابن فلان ولد
على فراشه من امته فلانة وذلك الرجل يقول هو عبدي ولد من امتي زوجها
عبدي فلانا ولدت هذا الغلام منه والعبد حي يدعي ذلك فهو ابن العبد لانه
تعارض الفراشان فراش النكاح وفراش الملك وفراش النكاح اقوى لانه لا ينتفي
الا باللعان وفراش الملك ينتفي بمجرد النفي فكان فراش النكاح اقوى فكان اولى
ولو ادعى الغلام انه ابن العبد من هذه الامة واقر العبد بذلك وقامت عليه
البينة وادعى المولى انه ابنه فهو ابن العبد لما قلنا ويعتق لانه ادعى نسبه
والاقرار بالنسب يتضمن الاقرار بالحرية فان لم يعمل في النسب يعمل في الحرية
وكذلك لو مات الرجل وترك مالا فاقام الغلام البينة انه ابن الميت من امته
واقام الاخر البينة انه عبده ولد من امته من زوجها فلان والزوج عبده
ايضا والعبد حي يدعي ذلك يقضى له بالنسب لانه يدعي فراش النكاح وانه اقوى وان
كان العبد ميتا يثبت نسب الغلام من الحر وورث منه لان بينة الغلام خلت عن
التعارض لانعدام الدعوى من العبد فيجب العمل بها والله اعلم **فصل**
واما صفة النسب الثابت فالنسب في جانب النسا اذا ثبت يلزم حتى لا يحتمل
النفي اصلا لانه في جانبهن يثبت بالولادة لانه لا مرد لها واما في جانب الرجال
فنوعان نوع يحتمل النفي ونوع لا يحتمله اما ما يحتمل النفي فنوعان ايضا نوع
ينتفي بنفس النفي من غير لعان ونوع لا ينتفي بنفس النفي فهو نسب ولد ام الولد
لان فراش ام الولد ضعيف لانه غير لازم حتى احتمل النقل الى غيره بالتزويج فاحتمل
الانتفا من غير الحاجة الى اللعان واما الذي لا ينتفي بمجرد النفي فهو نسب ولد
زوجة يجري بينهما اللعان وهو ان يكون الزوجان حرين مسلمين عاقلين بالغين
غير محدودين في القذف على ما ذكرنا في كتاب الطلاق لان فراش النكاح لازم لا يحتمل
النقل فكان قويا فلا يحتمل الانتفا بنفس النفي ما لم ينضم اليه اللعان ولهذا اذا
كان العلوق بنكاح فاسد او شبهة نكاح لا ينتفي نسب الولد بالنفي لان الانتفا بواسطة

بل بواسطة اللعان اما الذي ينتفي بنفس النفي صح

بنفس النفي صح

اللعان

اللعان ولا لعان في النكاح الفاسد لانعدام الزوجية حقيقة على ما عرف في كتاب
اللعان واما الذي لا يحتمل النفي فهو نسب ولد زوجة لا يجري بينهما اللعان
فاذا كان الزوجان ممن لا لعان بينهما لا ينتفي نسب الولد بالنفي وكذا النسب
بعد الاقرار به لا يحتمل النفي لان النفي يكون انكارا بعد الاقرار فلا يسمع
الا ان الاقرار به نوعان نص ودلالة وقد ذكرنا كل ذلك في كتاب اللعان
والله الموفق **فصل** واما حكم تعارض الدعوتين لا غير اما حكمه
في النسب فقد مر ذكره في اثنا مسايل النسب واما حكمه في الملك فالكلام
فيه في موضعين احدهما في حكم تعارض الدعوتين في اصل الملك والثاني
في قدره اما الاول فسبيل تعارض الدعوتين ما هو سبيل تعارض البينتين
فيه من طلب الترجيح والعمل بالراجح عند الامكان وعند تعذر العمل بهما بقدر
الامكان تصحيحا للدعوى بالقدر الممكن وبيان ذلك في مسايل رجلان
ادعيا دابة احدهما راكبها والاخر متعلق بلجامها فهي للراكب لانه مستعمل
للدابة فكانت في يده وكذلك اذا كان لاحدهما عليها حمل وللاخر كوز معلق
او مخلاة معلقة فصاحب الحمل اولى لما قلنا ولو كانا جميعا راكبين
لكن احدهما في السرج والاخر رديفه فهي لهما في ظاهر الرواية لان
الراكبين جميعا استويا في الاستعمال فكانت الدابة في ايديهما فكانت
لهما ولو كانا جميعا راكبين في السرج فهي لهما بالاجماع لاستوايهما في
الاستعمال ولو ادعيا عبدا صغيرا لا يعبر عن نفسه وهو في ايديهما فهو
بينهما لانه ~~اذا كان لا يعبر عن نفسه وهو في ايديهما فهو بينهما~~ لانه اذا كان
لا يعبر عن نفسه كان بمنزلة العروض والبهايم فتثبت اليد عليه الا ترى
انه لو ادعى صبيا صغيرا مجهول النسب في يديه انه عبده ثم كبر الصبي فادعى
الحرية فالقول قول صاحب اليد فلا تسمع دعوى الحرية الا ببينة لانه
كان في يده وقت الدعوة فلا تزول يده عنه الا بدليل وبمثله لو ادعى
غلاما كبيرا انه عبده وقال الغلام انا حر فالقول قول الغلام لانه ادعاه
في حال هو في يد نفسه فكان القول قوله ولو ادعيا عبدا كبيرا فقال
العبد انا عبد احدهما فهو بينهما ولا يصدق العبد في ذلك ولكن اذا كان
العبد في يد رجل فاقر انه لرجل اخر فالقول قول صاحب اليد ولا يصدق
العبد في اقراره انه لغيره لان اقراره بالرق اقرار بسقوط يده عن نفسه فكان
في يد صاحب اليد فلا يسمع قوله انه لغيره لان العبد لا قول له ولو قال كنت

في اصل الملك صح

وروى عن ابي يوسف انها للراكب في السرج لان استعماله اقوى وجه ظاهر الرواية صح

ن

عبد فلان ذلك فاعتقني وانا حر فكذلك عند ابي حنيفة ومحمد وروي عن
ابي يوسف ان القول قول العبد ويحكم بحريته لان العبد يتمسك بالاصل
اذ الحرية اصل في بني ادم وكان الظاهر شاهدا له والصحيح جواب ظاهر
الرواية لانه لما اقر انه كان عبدا فقد اقر بزوال حكم الاصل وثبوت العارض
وهو الرق فصار الرق فيه هو الاصل وكان الظاهر شاهدا للمولى ولو ادعيا
ثوبا واحدهما لابسه والاخر متعلق بذيله فاللابس اولى لانه مستعمل للثوب
ولو ادعيا بساطا واحدهما جالس عليه والاخر متعلق به فهو بينهما ولا يكون
الجالس بجلوسه والنوم عليه اولى لاستوائهما في اليد ولو ادعيا دارا واحدهما
ساكن فيها فهي للساكن وكذا لو كان احدهما احدث فيها شيئا من بنا او حفر
فهي لصاحب البنا والحفر لان سكنى الدار واحداث البنا والحفر تصرف
في الدار وكانت في يده ولو لم يكن شي من ذلك ولكن احدهما داخل فيها والاخر
خارج منها فهي بينهما وكذا لو كانا جميعا فيها لان اليد على العقار لا تثبت
بالكون فيه وانما تثبت بالتصرف فيه خياط يخيط ثوبا في دار انسان
اختلفا في الثوب فالقول قول صاحب الدار لان الثوب وان كان في يد الخياط
صورة فهو في يد صاحب الدار معنى لان الخياط وما في يده في داره والدار في يده
فما في الدار يكون في يده ايضا حمال خرج من دار رجل وعلى عاتقه متاع فان
كان ذلك الحامل يعرف ببيع ذلك وحمله فهو له وكان الظاهر شاهدا له
وان كان لا يعرف فهو لصاحب الدار لان الظاهر شاهد لصاحب الدار رجل
اصطاد طايرا في دار رجل فاختلفا فيه فان اتفقا على انه على اصل الاباحة لم
يستول عليه قط فهو للصايد سوا اصطاده من الهوا او من الشجر
والحايط لانه الاخذ دون صاحب الدار اذ الصيد لا يصير ماخوذا بكونه على
حايطه او شجره وقد قال صلى الله عليه وسلم الصيد لمن اخذه وان اختلفا
فقال صاحب الدار اصطدته قبلك او ورثته وانكر الصايد فانه ينظر ان
اخذه من الهوا فهو له لانه الاخذ اذ لا يد لاحد على الهوا وان اخذه من جداره او
شجره فهو لصاحب الدار لان الجدار والشجر في يده وكذلك ان اختلفا في اخذه من
الهوا او من الجدار فالقول قول صاحب الدار لان الاصل ان ما في دار الانسان يكون
في يده هكذا روي عن ابي يوسف مسلة الصيد على هذه التفاصيل ولو ادعيا حايطا
بين دارين ولاحدهما عليه جذوع فهو له لانه مستعمل للحايط ولو كان لكل
واحد منهما عليه جذوع فان كانت ثلاثة او اكثر فهو بينهما نصفين سوا استوت

له وكذلك حمال عليه كارة
وهو في دار رجل اذا اختلفا
في الكارة فان كانت الكارة
مما يحمل مثلها فالقول قول
الحمال لان الظاهر شاهد
له وان كانت مما لا يحمل
مثلها فالقول قول صاحب
الدار لان الظاهر شاهد
صح

جذوع كل واحد منهما او كانت لاحدهما اكثر بعد ان كان لكل واحد منهما ثلاثة
جذوع لانهما استويا في استعمال الحايط بالجذوع فاستويا في ثبوت اليد
عليه ولو كان لاحدهما عليه ثلاثة اجذعة وللاخر جذع او جذعان فالقياس
ان يكون الحايط بينهما نصفان وفي الاستحسان لا يكون وجه القياس
ان زيادة الاستعمال بكثرة الجذعان زيادة من جنس الحجة والزيادة من
جنس الحجة لا يقع بها الترجيح الا ترى انه لو كان لاحدهما ثلاثة وللاخر اربعة
كان الحايط بينهما نصفين وان كان استعمال احدهما اكثر دل ان المعتبر اصل
الاستعمال لا قدره وقد استويا فيه ووجه الاستحسان ان يقال نعم
لكن اصل الاستعمال لا يحصل بما دون الثلاث لان الجدار لا يبنى له عادة وانما
يبنى لاكثر من ذلك الا ان الاكثر مما لا نهاية له والثلاث اقل الجمع الصحيح
فتقيد به وكان ما ورا موضع الجذع الواحد لصاحب الكثير واما موضع
الجذع الواحد فكذلك على رواية كتاب الاقرار وانما لصاحب القليل حق
وضع الجذع لا اصل الملك وعلى رواية كتاب الدعوى له موضع الجذع من
الحايط وما وراه لصاحب الكثير ووجه هذه الرواية ان صاحب القليل
مستعمل لذلك القدر حقيقة فكان ذلك القدر في يده فيملكه ووجه
رواية الاقرار ما مر ان الاستعمال لا يحصل بالجذع والجذعين لان الحايط
لا يبنى له عادة فلم يكن شي من الحايط في يده وكان كله في يد صاحب الكثير الا
انه ليس له ان يرفع الجذع وان كان مملوكا له لجواز ان يكون اصل الحايط مملوكا
لانسان وللاخر عليه حق الوضع بخلاف ما اذا اقام البينة ان الحايط له
كان له ان يرفع لان البينة حجة مطلقة فاذا اقامها تبين ان الوضع
من الاصل كان بغير حق فله ولاية الرفع وليس كذلك حال عدم البينة
لانا انما جعلنا الحايط له بظاهر اليد والظاهر يصلح للتقرير لا للتغيير
فهو الفرق ولو كان الحايط متصلا ببنا احدى الدارين اتصال
التزاق وارتباط فهو لصاحب الاتصال لانه كالمتعلق به ولو كان
لاحدهما اتصال التزاق وللاخر جذوع فصاحب الجذوع اولى لانه
مستعمل للحايط ولا استعمال من صاحب الاتصال ولو كان لاحدهما اتصال
تربيع وللاخر جذوع فالحايط لصاحب التربيع ولصاحب الجذوع حق
وضع الجذوع لان الكلام في صورة التربيع ذكر الطحاوي وان التربيع هو ان
يكون انصاف اللبن الحايط المدعا مداخلة حايط احدى الدارين كالازج
يبنى كذلك الأزج

ولو اراد صاحب الثلاثة
ان ينزع على الاخر ما زاد
على الثلاث ليس له ذلك
ولكن يقال له زد انت
ايضا الى تمام عدد خشب
صاحبك ان اطاق الحايط
حملها والا فليس له الزيادة
ولا النزع صح

موضع الجذع صح

ولو كان لاحدهما اتصال
التزاق وارتباط وللاخر
اتصال تربيع فصاحب
التربيع اولى لان اتصال
التربيع اقوى من اتصال
الالتزاق صح

والطاقات وكان لمعنى النتاج وكان صاحب الاتصال اولى وذكر الكرخي ان تفسير
التربيع ان يكون طرفا هذا الحائط المدعى مداخلين حائط احدى الدارين وهذا
التفسير منقول عن ابي يوسف رحمه الله وصار الحاصل ان المداخلة اذا كانت
من جانبي الحائط كان صاحب الاتصال اولى بلا خلاف وان كانت من جانب
واحد فعلى قول الطحاوي صاحب الاتصال اولى وعلى قول الكرخي صاحب الجذوع
اولى وجه قول الطحاوي ان ذلك لمعنى النتاج على ما ذكرنا حيث من بنايه
حيث صح
كذلك فصار هو اولى وجه قول الكرخي ان المداخلة من الجانبين توجب
الاتحاد وجعل الكل بناء واحدا فيسقط حكم الاستعمال لضرورة الاتحاد
فملك البعض يوجب ملك الكل ضرورة الا انه لا يجبر على الرفع بل يترك على حاله
لان ذلك ليس من ضرورات ملك الاصل بل يحتمل الانفصال عنه في الجملة الا ترى ان
السقف الذي هو بين بيت العلو وبين بيت السفل هو ملك صاحب السفل
ولصاحب العلو عليه حق القرار حتى لو اراد صاحب رفع السقف منع منه شرعا
السفل صح
كذلك ها هنا جاز ان يكون الملك لصاحب الاتصال ولصاحب الجذوع حق
وضع الجذوع عليه بخلاف ما اذا اقام البينة على انه له يجبر على الرفع وقد مر
وجه الفرق بينهما ثم فرع ابو يوسف على ما روي من تفسير التربيع انه اذا
عنه صح
اشترى دارا ولرجل اخر دار بجنب تلك الدار وبينهما حائط فاقام الرجل
البينة انه له فاراد المشتري ان يرجع على البائع بحصته من الثمن ان كان متصلا
ببناء حائط المدعي ليس له ان يرجع على البائع لانه اذا كان متصلا ببنائه لم يتناوله
البيع فلم يكن مبيعا فلا يكون للمشتري حق الرجوع وان لم يكن متصلا ببناء المدعي
وهو متصل ببناء الدار المبيعة فللمشتري ان يرجع على البائع بحصة الحائط
من الثمن لانه اذا كان متصلا بحائط الدار المبيعة تناوله البيع فكان مبيعا
فيثبت الرجوع عند الاستحقاق وان كان متصلا بحائط الدار المبيعة وللاخر
عليه جذوع فليس له ان يرجع وهذا يؤيد رواية الكرخي ان صاحب الجذوع اولى
من صاحب الاتصال اذا كان من جانب واحد ولو كان اتصال تربيع واستحق
المشتري الرجوع على البائع لا ينزع الجذوع بل تترك على حالها لما ذكرنا ولو كان
لاحدهما عليه سترة او بناء وصاحبه مقر بان السترة والبناء له فالحائط
لصاحب السترة لانه مستعمل الحائط بالسترة فكان في يده ولو لم يكن عليه
سترة ولكن لاحدهما عليه هرادي فهو بينهما ولا يستحق بالهرادي والبواري
شيئا لان وضع الهرادي على الحائط ليس بامر مقصود لان الحائط لا تبنى له وكان

وظهره الى الآخر وكان انصاف اللبن او الطاقات الى احدهما صح

ملحقا بالعدم فلا يتعلق به الاستحقاق ولو كان وجه الحائط الى احدهما
لا حكم لشيء من ذلك عند ابي حنيفة والحائط بينهما وعند ابي يوسف ومحمد
الحائط لمن اليه وجه البناء وانصاف اللبن والطاقات وهذا اذا جعل
الوجه وقت البناء حين ما بني فاما اذا جعل بعد البناء بالنقش
والتطيين فلا عبرة بذلك بالاجماع وعلى هذا الخلاف اذا ادعيا بابا
مغلقا على حائط بين دارين والغلق الى احدهما فالباب لهما عند
ابي حنيفة وعندهما لمن اليه الغلق ولو كان للباب غلقان من الجانبين
فهو لهما بالاجماع وعلى هذا الخلاف خص بين دارين او بين كرمين
والقمط الى احدهما فالخص بينهما عند ابي حنيفة ولا ينظر الى القمط وعندهما
الخص لمن اليه القمط وجه قولهما في هذه المسائل اعتبار العرف والعادة
فان الناس في العادات يجعلون وجه البناء وانصاف اللبن والطاقات
والغلق والقمط الى اصحاب الدار فدل على انه بناه فكان في يده ولابي حنيفة
ان هذا دليل اليد في الماضي لا وقت الدعوة واليد في الماضي لا تدل على اليد وقت
الدعوة والحاجة الى اثبات اليد وقت الدعوة ثم في كل موضع قضي بالملك
لاحدهما لكون المدعى في يده يجب عليه اليمين لصاحبه اذا طلب فان حلف
برئ وان نكل يقضى عليه بالنكول والله اعلم وعلى هذا اذا اختلفا في
المرور في دار ولاحدهما باب من داره الى تلك الدار فلصاحب الدار ان يمنع
صاحب الباب عن المرور فيها حتى يقيم البينة ان له في داره طريقا ولا يستحق
صاحب الباب بالباب شيئا لان فتح الباب الى دار غيره قد يكون بحق لازم وقد
يكون بغير حق اصلا وقد يكون بحق غير لازم وهو الاباحة فلا يصلح دليلا
على حق المرور في الدار مع الاحتمال وكذلك لو شهد الشهود ان صاحب
الباب كان يمر فيها لم يستحق بهذه الشهادة شيئا لاحتمال ان مروره فيها
كان غصبا او اباحة ولئن دلت على انه كان بحق المرور لكن في الزمان
الماضي لان الشهادة قامت عليه فلا يثبت بها الحق للحال ولو شهدوا ان
له فيها طريقا فان حدوا الطريق فسموا طوله وعرضه قبلت الشهادة
وكذا لو لم يحدوه كذا ذكر في الكتاب من اصحابنا من حمل المسالة على ما اذا شهدوا
على اقرار صاحب الدار بالطريق لان المشهود به مجهول وجهالة المشهود
به تمنع صحة الشهادة فاما جهالة المقر به فلا تمنع صحة الاقرار ومنهم
من اجرى جواب الكتاب على اطلاقه لان الطريق طوله معلوم وعرضه مقدار
معلوم وهو صح

عرض الباب في متعارف الناس وعاداتهم وكانت هذه شهادة بمعلوم فتقبل
وكذلك لو شهدوا ان اباه مات وترك طريقا في هذه الدار فهو على ما ذكرنا
وعلى هذا اذا كان لرجل ميزاب في دار رجل فاختلفا في مسيل الماء فيه
فلصاحب الدار ان يمنعه عن التسييل حتى يقيم البينة ان له في هذه الدار
مسيل ماء ولا يستحق صاحب الميزاب بنفس الميزاب شيا لما ذكرنا وذكر الفقيه
ابو الليث رحمه الله ان الميزاب اذا كان قديما فله حق التسييل وذكر محمد
في كتاب الشرب في نهر في ارض رجل يسيل فيه الماء فاختلفا في ذلك
كان القول قول صاحب الماء انه اذا كان يسيل فيه الماء كان النهر مشغولا
بالماء فكان النهر مستعملا به فكان في يده بخلاف الميزاب فان موضوع
المسألة فيما اذا لم يكن في الميزاب ماء عند الاختلاف حتى لو كان فيه ماء
كان حكمه حكم النهر والله اعلم ولو شهدوا انهم راوه يسيل الماء في
الميزاب فليست هذه الشهادة بشيء لان التسييل قد يكون بغير حق وكذا
الشهادة ما قامت بحق كاين على ما مر ولو شهدوا ان له حقا في
الدار من حيث التسييل فان بينوا انه لماء المطر فهو لماء المطر وان
بينوا انه مسيل ماء دايم للغسل والوضوء او لماء المطر لان اصل الحق
ثبت بشهادة الشهود وبقيت الصفة مجهولة فيتبين ببيان صاحب
الدار لكن مع اليمين وان لم يكن للمدعي بينة اصلا يستحلف صاحب الدار
على ذلك فان حلف برئ وان نكل يقضي بالنكول كما في باب الاموال والله اعلم
وعلى هذا يخرج اختلاف الزوجين في متاع البيت ولا بينة لاحدهما
على ما ذكرنا في كتاب النكاح والله اعلم **فصل** واما حكم تعارض
الدعوتين في قدر الملك فنحو اختلاف المتبايعين في قدر الثمن او المبيع
وجملة الكلام فيه ان المتبايعين اذا اختلفا فلا يخلو اما ان اختلفا في قدر
الثمن واما ان اختلفا في المبيع فان اختلفا في الثمن لا يخلو اما ان
اختلفا في قدر الثمن واما ان اختلفا في جنسه واما ان اختلفا في وقته
وهو الاجل فان اختلفا في قدره بان قال البايع بعتك هذا العبد
بالفي درهم وقال المشتري اشتريته بالف فهذا لا يخلو اما ان كانت السلعة
قايمة واما ان كانت هالكة فان كانت قايمة على حالها لم تتغير واما ان
تغيرت الى الزيادة او الى النقصان فان كانت قايمة على حالها لم تتغير تحالفا
وترادا اسوا سوا كان قبل القبض او بعده اما قبل القبض فلان كل واحد منهما

م فهو كذلك وان لم يبينوا تقبل شهادتهم ايضا ويكون القول قول صاحب الدار مع يمينه انه للغسل والوضوء صح

لا يخلوا اما ان كانت قائمة صح

مدعي ومدعا عليه من وجه لان البايع يدعي على المشتري زيادة ثمن وهو ينكر
والمشتري يدعي على البايع تسليم المبيع اليه عند اداء الالف وهو ينكر فيتحالفان
لقوله صلى الله عليه وسلم واليمين على من انكر واما بعد القبض فكان ينبغي ان لا
يحلف البايع ويكون القول قول المشتري مع يمينه لان المشتري لا يدعي على البايع
شيا لسلامة المبيع له والبايع يدعي على المشتري زيادة ثمن وهو ينكر وكان القول
قول المنكر مع يمينه الا انا عرفنا التحالف وهو الحلف من الجانبين بنص خاص
وهو قوله صلى الله عليه وسلم اذا اختلف المتبايعان تحالفا وترادا ويبدا بيمين
المشتري في ظاهر الرواية وهو قول محمد وابي يوسف الاخر وفي قوله الاول
يبدا بيمين البايع ويقال انه قول ابي حنيفة والصحيح جواب ظاهر الرواية
لان اليمين وظيفة المنكر والمشتري اشد انكارا من البايع لانه منكر في
الحالين جميعا قبل القبض وبعده والبايع بعد القبض ليس بمنكر لان المشتري
لا يدعي عليه شيا فكان اشد انكارا منه لانه يطالب اولا بتسليم الثمن حتى
يصير عينا وهو ينكر وكان اسبق انكارا من البايع فيبدا بيمينه فان نكل
لزمه دعوى البايع لان النكول بذل او اقرار وان حلف يحلف البايع ثم اذا
تحالفا هل ينفسخ البيع بنفس التحالف لانهما اذا تحالفا لم يكن في بقا العقد
فايدة فينفسخ وقال بعضهم لا ينفسخ الا بفسخ القاضي عند طلبهما او طلب
احدهما وهو الصحيح حتى لو اراد احدهما امضا البيع بما يقوله صاحبه
فله ذلك من غير تجديد العقد لان احتمال الفايدة ثابتة لاحتمال التصديق
من احدهما لصاحبه والعقد المنعقد قد يبقى لفايدة تحتمل الوجود والعدم
لانه انعقد بيقين فلا يزول لاحتمال عدم الفايدة على الاصل المعهود في الثابت
بيقين انه لا يزول بالاحتمال فلا ينفسخ الا بفسخ القاضي ولان يفسخ
لانعدام الفايدة للحال ولان المنازعة لا تندفع الا بفسخ القاضي لانهما لما تحالفا
صار الثمن مجهولا فيتنازعان فلا بد من قطع المنازعة ولا تنقطع الا بقطع
القاضي بالفسخ هذا اذا كانت السلعة قايمة بعينها من غير تغير فان
كانت تغيرت ثم اختلفا في قدر الثمن فلا يخلو اما ان تغيرت الى زيادة واما
ان تغيرت الى نقصان فان كان التغير الى الزيادة فان كانت الزيادة متصلة متولدة
من الاصل كالسمن والجمال منعت التحالف عند ابي حنيفة وابي يوسف وعند
محمد لا تمنع ويرد المشتري العين بنا على ان هذه الزيادة تمنع الفسخ عندهما
في عقود المعاوضات فتمنع التحالف وعنده لا تمنع الفسخ فلا تمنع وان كانت

م وقبل القبض ان كان منكرا لكن المشتري اسبق انكارا منه صح

م او يحتاج فيه الى فسخ القاضي اختلف المشايخ فيه قال بعضهم ينفسخ بنفس التحالف صح

الزيادة متصلة غير متولدة من الاصل كالصبغ في الثوب والبناء والغرس في الارض
فكذلك تمنع التحالف عندهما وعنده لا تمنع ويرد المشتري القيمة وان كانت
الزيادة منفصلة متولدة من الاصل كالولد والارش والعقر فهو على هذا الاختلاف
وان كانت الزيادة منفصلة غير متولدة من الاصل كالموهوب والمكسوب لا تمنع
التحالف بالاجماع فيتحالفان ويرد المشتري العين لان هذه الزيادة لا تمنع الفسخ
في عقود المعاوضات فلا تمنع التحالف ولانها ليست في معنى هلاك العين فلا تمنع
التحالف واذا تحالفا يرد المشتري المبيع دون الزيادة وكانت الزيادة له لانها
حدثت على ملكه وتطيب له لعدم تمكن الخبث فيها والله اعلم هذا اذا تغيرت
السلعة الى الزيادة اما اذا تغيرت الى النقصان في يد المشتري فنذكر حكمه في
موضعه ان شاء الله تعالى هذا اذا كانت السلعة قايمة فاما اذا كانت هالكة
فلا يتحالفان عند ابي حنيفة وابي يوسف والقول قول المشتري مع يمينه في
مقدار الثمن فان حلف لزمه ما اقر به وان نكل لزمه دعوى صاحبه وعند محمد
يتحالفان ويرد المشتري القيمة فان اختلفا في مقدار القيمة على قوله كان القول
قول المشتري مع يمينه في مقدار القيمة ولقب المسئلة ان هلاك السلعة هل يمنع
التحالف عندهما يمنع وعنده لا يمنع واحتج بقوله صلى الله عليه وسلم اذا
اختلف المتبايعان تحالفا وترادا اثبت التحالف مطلقا عن شرط قيام السلعة
ولا يقال ورد نص اخر مقيد بحال قيام السلعة وهو قوله صلى الله عليه وسلم
اذا اختلف المتبايعان والسلعة قايمة بعينها تحالفا وترادا لان المذهب عندنا
ان المطلق لا يحمل على المقيد لما في الحمل من ضرب النصوص بعضها في بعض بل
يجري المطلق على اطلاقه والمقيد على تقييده فكان نحو بان التحالف حال قيام
السلعة ثابتا بنصين وحال هلاكها ثابتا بنص واحد وهو النص المطلق
ولا تنافي بينهما جمعا ولهما الحديث المشهور وهو قوله صلى الله عليه وسلم
واليمين على من انكر ينفي التحالف وهو الحلف من الجانبين بعد قبض المعقود
عليه لانه اوجب جنس اليمين على جنس المنكرين فلو وجب يمين لا على منكر لم يكن
جنس اليمين على جنس المنكرين وهذا خلاف النص بعد قبض المعقود عليه
هو المشتري لان البايع يدعي عليه زيادة ثمن وهو ينكر فاما الانكار من
قبل البايع لان المشتري لا يدعي عليه شيا فكان ينبغي ان لا يجب التحالف حال
قيام السلعة ايضا الا انا عرفنا ذلك بنص خاص مقيد وهو قوله صلى الله عليه
وسلم اذا اختلف المتبايعان والسلعة قايمة بعينها تحالفا وترادا وهذا القيد

(هامش: م والمنكر صح)

وقيل هذا اذا هلك بعضه بعد القبض وان هلك قبله يتحالفان بالاتفاق وكذا لو رد احدهما بعيب لان
الكل يعود الى ملكه فلا يؤدي الى تفريق الصفقة على البايع كما في التبيين اخي جلبي لو هلك بعضه في يد البايع
تحالفا على القايم عندهم كما في المضمرات قهستاني

٢٦٣

263

ثابت في النص الاخر ايضا ولانه قال وترادا والتراد لا يكون الا حال قيام السلعة
فينفي التحالف حال هلاك السلعة منفيا بالخبر المشهور والله اعلم ويستوي
هلاك كل السلعة وبعضها في المنع من التحالف في قدر الهالك لا غير وعند
محمد لا يمنع اصلا حتى لو اشترى عبدين فقبضهما ثم هلك احدهما ثم اختلفا
في مقدار الثمن فالقول قول المشتري عند ابي حنيفة ولا يتحالفان الا ان يرضى البايع
ان ياخذ ولا ياخذ من ثمن الهالك شيا فحينيذ يتحالفان وعند ابي يوسف لا
يتحالفان على الهالك والقول قول المشتري في حصة الهالك ويتحالفان على
القايم ويترادان وعند محمد يتحالفان عليهما ويرد قيمة الهالك اما محمد
فقد مر على اصله لان هلاك كل السلعة عنده لا يمنع التحالف فهلاك البعض
اولى وكذلك ابو يوسف لان المانع من التحالف هو الهلاك هو الهلاك
فيتقدر المنع بقدره تقديرا للحكم بقدر العلة ولابي حنيفة ان الحديث المشهور
ينفي التحالف بعد قبض السلعة لما ذكرنا الا انا عرفنا ذلك بنص خاص
والنص ورد في حال قيام السلعة فبقي التحالف حال هلاك بعضها منفيا
بالخبر المشهور ولان قدر الثمن الذي يقابل القايم مجهول لا يعرف الا بالحزر
والظن فلا يجوز التحالف عليه الا اذا شاء البايع ان ياخذ الحي ولا ياخذ من
ثمن الهالك عن العقد كانه ما وقع العقد عليه وانما وقع على القايم فيتحالفان
عليه والله اعلم وسواء كان هلاك المبيع حقيقة او حكما بان خرج عن ملك
المشتري بسبب من الاسباب لان الهالك حكما يلحق بالهالك حقيقة وقد
مر الاختلاف فيه وسواء خرج كله او بعضه عند ابي حنيفة وابي يوسف
فخروج البعض في المنع من التحالف بمنزلة خروج الكل عندهما لان التحالف
هاهنا يؤدي الى تفريق الصفقة على البايع وهذا لا يجوز الا ان يرضى
البايع ان ياخذ القايم وحصة الخارج بقوله وهذا عند ابي يوسف
فاما عند ابي حنيفة فلا يتحالفان في الاحوال كلها وعند محمد يتحالفان
لان الهلاك الحقيقي لا يمنع التحالف عنده فالحكمي اولى ثم هلاك الكل حكما
بان خرج كله عن ملكه لا يمنع التحالف فهلاك البعض اولى واذا تحالفا
عنده فان هلك كل المبيع بان خرج كله عن ملكه يرد المشتري القيمة ان
لم يكن مثليا او المثل ان كان مثليا وان هلك بعضه بان خرج بعضه عن
ملكه دون البعض ينظر ان كان المبيع مما في تبعيضه ضرر وفي تشقيصه
عيب فالبايع بعد التحالف بالخيار ان شاء اخذ الباقي وقيمة الهالك وان شاء

(هامش: م عند ابي حنيفة وعند ابي يوسف هلاك السلعة يمنع من التحالف صح)

(هامش: م القايم صح)

(هامش: م كل صح)

(هامش: م شيئا فحينئذ يتحالفان لانه رضي ان يكون الثمن كله بمقابلة القايم فيخرج الهالك صح)

(هامش: م من الثمن بقول المشتري في يتحالفان على القايم ويرد المشتري ما بقي في ملكه وعليه حصة الخارج صح)

ترك الباقي واخذ قيمة الكل وان كان المبيع مما لا ضرر في تبعيضه ولا عيب في
تشقيصه فللبايع ان ياخذ الباقي ان كان مثليا وقيمته ان لم يكن مثليا والله
اعلم ولو خرجت السلعة عن ملك المشتري ثم عادت اليه ثم اختلفا في مقدار
الثمن نظر في ذلك ان كان العود فسخا بان وجد به عيبا فرده بقضاء
القاضي يتحالفان ويرد العين لان الفسخ وقع من الاصل فجعل كانه لم يكن وان
لم يكن العود فسخا لا يتبين ان الهلاك لم يكن والهلاك يمنع التحالف عندهما
وعند محمد يتحالفان ويرد المشتري القيمة لا العين ولذا لو لم يخرج المبيع
عن ملكه لكنه صار بحال يمنع الرد بالعيب اما بالزيادة واما بالنقصان امن باب
الهلاك فنقول اذا انتقص المبيع في يد المشتري ثم اختلفا في مقدار الثمن لم
يتحالفا عند ابي حنيفة وابي يوسف سوا كان النقصان بفعل المبيع او بفعل
المشتري او بفعل الاجنبي او بفعل البايع لان نقصان المبيع هلاك جزء منه
وهلاك الجزء في المنع من التحالف كهلاك الكل على اصل ابي حنيفة فلا يتحالفان
والقول قول المشتري الا اذا كان النقصان بافة سماوية او بفعل المبيع او بفعل
المشتري ورضي البايع ان ياخذ المبيع ناقصا ولا ياخذ لاجل النقصان شيا
فحينيذ يتحالفان ويترادان وعند محمد يتحالفان ثم البايع بعد التحالف
بالخيار ان شا اخذ المبيع ناقصا ولا ياخذ لاجل النقصان شيا وان شا ترك واخذ
القيمة وقال بعضهم على قول محمد ان اختار اخذ العين ياخذ معها النقصان كالمقبوض
بالبيع الفاسد وان كان النقصان بفعل الاجنبي او بفعل البايع يتحالفان
ويرد المشتري القيمة عنده وعندهما لا يتحالفان والقول قول المشتري مع يمينه
والله اعلم هذا اذا اختلفا في قدر الثمن فاما اذا اختلفا في جنسه بان قال
احدهما الثمن عين وقال الاخر هو دين فان كان مدعي العين هو البايع بان قال
للمشتري بعت منك جاريتي بعبدك هذا وقال المشتري للبايع اشتريتها منك
بالف درهم فان كانت الجارية قايمة تحالفا وترادا لقوله صلى الله عليه وسلم
اذا اختلف المتبايعان والسلعة قايمة تحالفا وترادا من غير فصل بينما اذا كان
الاختلاف في قدر الثمن او في جنسه وان كانت هالكة عند المشتري لا يتحالفان
عند ابي حنيفة وابي يوسف والقول قول المشتري في الثمن مع يمينه وعند محمد
يتحالفان وهي مسالة هلاك السلعة وقد مرت وان كان مدعي العين هو
المشتري بان قال اشتريت جاريتك بعبدي هذا وقال البايع بعتها منك
بالف درهم او بماية دينار فان كانت الجارية قايمة يتحالفان بالنص وان كانت

هالكة

م ومثل الفات صح

ط بل كان ملكا جديدا لا يتحالفان عند ابي حنيفة وابي يوسف لان العود اذا لم يكن فسخا صح

م اما حكم الزيادة فقد مر تفصيل الكلام فيه واما حكم النقصان فنخرج على هذا الاصل لان النقصان صح

هالكة يتحالفان ايضا بالاجماع ويرد المشتري القيمة اما على اصل محمد فظاهر
لان هلاك السلعة عنده لا يمنع التحالف واما على اصلهما فلان وجوب
اليمين على المشتري ظاهر ايضا لان البايع يدعي عليه ثمن الجارية الف درهم وهو ينكر
فكان كل واحد منهما مدعيا من وجه منكرا من وجه فيتحالفان ولو
كان البايع يدعي البعض عينا والبعض دينا والمشتري يدعي الكل دينا بان قال
البايع بعت منك جاريتي بعبدك هذا وبالف درهم وقال المشتري اشتريت
جاريتك بالف درهم فان كان المبيع وهو الجارية قايما تحالفا بالنص وان
كان هالكا فهو على الاختلاف ولو كان الامر على القلب من ذلك بان كان
المشتري يدعي البعض عينا والبعض دينا والبايع يدعي الكل دينا بان قال
المشتري اشتريت منك جاريتك بعبدي هذا وبالف درهم وقيمة العبد
خمس ماية وقال البايع بعت منك جاريتي بالف درهم فان كانت الجارية
قايمة تحالفا وترادا بالنص وان كانت هالكة يتحالفان ايضا بالاجماع الا ان
عند ابي حنيفة وابي يوسف تنقسم الجارية على قيمة العبد وعلى الف درهم
فما كان بازاء العين وهو العبد وذلك ثلث الجارية يرد المشتري القيمة
وما كان بازاء الدين وهو الالف وذلك ثلثا الجارية يرد الف درهم ولا يرد
القيمة وانما كان كذلك لان المشتري لو كان يدعي جميع الثمن عينا كانا
يتحالفان ويرد المشتري القيمة على ما ذكرنا ولو كان يدعي جميع الثمن
دينا لكان القول قوله ولا يتحالفان على ما مر فاذا كان يدعي بعض
الثمن عينا وبعضه دينا ردت القيمة بازاء العين والقول قوله بازاء الدين
اعتبارا للبعض بالكل وعند محمد يتحالفان ويرد المشتري جميع الثمن
والله اعلم هذا اذا اختلفا في جنس الثمن فاما اذا اختلفا في وقته
وهو الاجل مع اتفاقهما على قدره وجنسه فهذا لا يخلو من ثلاثة اوجه
اما ان اختلفا في اصل الاجل واما ان اختلفا في قدره واما ان اختلفا في
مضيه واما ان اختلفا في قدره ومضيه جميعا فان اختلفا في اصله لا
يتحالفان والقول قول البايع مع يمينه لان الاجل امر يستفاد من قبله
وهو منكر لوجوده ولان الاصل في الثمن هو الحلول والتاجيل عارض فكان
القول قول من يدعي الاصل وان اختلفا في قدره فالقول قوله ايضا لما قلنا
وان اختلفا في مضيه مع اتفاقهما على اصله وقدره فالقول قول المشتري
انه لم يمض لان الاجل صار حقا له بتصادقهما فكان القول فيه قوله وان اختلفا

م واما وجوب اليمين على البايع فلان المشتري يدعي الزام العين وهو العبد وهو ينكر صح

لعله اربعة

في القدر والمضي جميعا فقال البائع الاجل شهر وقد مضى وقال المشتري شهران
ولم يمضيا فالقول قول المشتري في المضي فيجعل الاجل شهرين لم يمضيا لان الظاهر
يشهد للبائع في القدر وللمشتري في المضي على ما مر والله اعلم هذا اذا هلك
المبيع كله او بعضه حقيقة او حكما فاما اذا هلك العاقدان او احدهما والمبيع
قائم واختلف ورثتهما او الحي منهما وورثة الميت فان كانت السلعة غير
مقبوضة تحالفا وترادا لان للقبض شبها بالعقد وكان قبض المعقود عليه
من الوارث بمنزلة ابتداء العقد منه فيجري بينهم التحالف الا ان الوارث يحلف
على العلم لا على البتات لانه يحلف على فعل الغير ولا علم له به وان كانت السلعة
مقبوضة فلا تحالف عند ابي حنيفة وابي يوسف والقول قول المشتري
او ورثته بعد موته وعند محمد يتحالفان والاصل ان هلاك العاقد بعد
قبض المعقود عليه كهلاك المعقود عليه وهلاك المعقود عليه يمنع التحالف
عندهما فكذا هلاك العاقد وعند محمد ذلك لا يمنع من التحالف لذا هذا
والصحيح قولهما لان الخبر المشهور يمنع من التحالف لكنا عرفناه بنص
خاص حال قيام العاقدين لانه اوجب تحالف المتبايعين والمتبايع
من وجد منه فعل البيع ولم يوجد من الوارث حقيقة فبقي التحالف
بعد هلاكهما او هلاك احدهما منفيا بالخبر المشهور والله اعلم هذا اذا
اختلفا في الثمن فاما اذا اختلفا في المبيع فلا يخلو المبيع من ان يكون عينا
او دينا وهو المسلم فيه فان كان عينا فاختلفا في جنسه او قدره بان قال
البائع بعت منك هذا العبد بالف درهم وقال المشتري اشتريت هذه
الجارية بالف درهم او قال البائع بعت منك هذا العبد بالف درهم وقال
المشتري منك هذا العبد مع هذه الجارية بالف درهم تحالفا وترادا لقوله
صلى الله عليه وسلم اذا اختلف المتبايعان تحالفا وترادا وان كان دينا
وهو المسلم فيه فاختلفا فاختلافهما في الاصل لا يخلو من ثلاثة اوجه اما
ان اختلفا في المسلم فيه مع اتفاقهما على راس المال واما ان اختلفا في راس
المال مع اتفاقهما في المسلم فيه واما ان اختلفا فيهما فان اختلفا في المسلم
فيه مع اتفاقهما على راس المال فاما ان اختلفا في جنس المسلم فيه واما ان
اختلفا في قدره واما ان اختلفا في صفته واما ان اختلفا في مكان ايفائه واما
ان اختلفا في وقته وهو الاجل فان اختلفا في جنسه او قدره او صفته تحالفا
وترادا لان هذا اختلاف في المعقود عليه وانه يوجب التحالف بالنص والذي

قول البائع في القدر والقول صح

بلغ

اشتريت صح

يبدأ باليمين هو المسلم اليه في قول ابي حنيفة وهو قول ابي يوسف الاول وفي
قوله الآخر وهو قول محمد هو رب السلم وجه قولهما ان الابتداء باليمين
من المشتري كما في بيع العين ورب السلم هو المشتري وكانت البداية به
ولابي حنيفة ان اليمين على المنكر والمنكر هو المسلم اليه ولا انكار من رب السلم
كان ينبغي ان لا يحلف اصلا الا ان التحليف في جانبه ثبت بالنص وروي عن
ابي يوسف ايضا انه قال ايهما بدأ بالدعوى يستحلف الآخر لانه صار مدعى
عليه وهو منكر وقال بعضهم التعيين الى القاضي يبدأ بايهما شاء وان شاء اقرع
بينهما فيبدأ بالذي خرجت قرعته وان اختلفا في مكان ايفاء المسلم فيه فقال
رب السلم شرطت عليك الايفاء في مكان كذا وقال المسلم اليه بل شرطت لك
الايفاء في مكان كذا فالقول قول المسلم اليه ولا يتحالفان عند ابي حنيفة
وعندهما يتحالفان بناء على ان مكان العقد لا يتعين مكان الايفاء عنده حتى
كان ترك بيان مكان الايفاء مفسدا للسلم عنده فلم يدخل مكان الايفاء في العقد
بنفسه بل بالشرط والاختلاف فيما لا يدخل في العقد الا بالشرط لا يوجب
التحالف كالاجل وعندهما مكان العقد يتعين مكانا للايفاء حتى لا يفسد
السلم بترك مكان الايفاء عندهما وكان المكان داخلا في العقد من غير
شرط فيوجب التحالف والله اعلم وان اختلفا في وقت المسلم فيه وهو
الاجل فلا يخلو اما ان اختلفا في اصل الاجل واما ان اختلفا في قدره واما
ان اختلفا في مضيه واما ان اختلفا في قدره ومضيه جميعا فان اختلفا في اصل
الاجل لم يتحالفا عند اصحابنا الثلاثة وعند زفر تحالفا وترادا واحتج
باطلاق قوله صلى الله عليه وسلم اذا اختلف المتبايعان تحالفا وترادا ولان
الاختلاف في اجل المسلم فيه بمنزلة الاختلاف في صفته الا ترى انه لا صحة
للسلم بدون الاجل كما لا صحة له بدون الوصف فصار الاجل وصفا للمعقود
عليه شرعا فيوجب التحالف ولنا ان الاجل ليس بمعقود عليه والاختلاف
فيما ليس بمعقود عليه لا يوجب التحالف كالاختلاف في الصفة لان
الصفة في الدين معقود عليه كالاصل والاختلاف في الاصل يوجب التحالف
فكذا في الصفة واذا لم يتحالفا فان كان مدعي الاجل هو رب السلم فالقول
قوله ويجوز السلم لانه يدعي صحة العقد ولان المسلم اليه متعنت في انكار
الاجل لانه ينفعه والمتعنت لا قول له وان كان هو المسلم اليه فالقول قوله
عند ابي حنيفة ويجوز السلم استحسانا والقياس ان يكون القول قول رب السلم

والمسلم اليه يدعي الفساد والقول قول من يدعي الصحة صح

ويفسد السلم وهو قولهما وجه القياس ان الاجل امر يستفاد من رب السلم حقا
عليه شرعا وانه منكر ثبوته والقول قول المنكر في الشرع وجه الاستحسان
ان المسلم اليه بدعوى الاجل يدعي صحة العقد ورب السلم بالانكار يدعي
فساده وكان القول قول من يدعي الصحة لان الظاهر شاهد له اذ الظاهر
من حال المسلم اجتناب المعصية ومباشرة العقد الفاسد من المعصية واذا
كان القول قوله في اصل الاجل كان القول قوله في مقدار الاجل ايضا وقال
بعضهم القول قوله الى شهر لانه ادنى الاجال فاما الزيادة على شهر فلا تثبت
الا بالبينة وان اختلفا في قدره لم يتحالفا عندنا خلافا لزفر والقول قول
رب السلم لما ذكرنا ان الاجل امر يستفاد من قبله فيرجع في بيان القدر اليه
وان اختلفا في مضيه فالقول قول المسلم اليه وصورته اذا قال رب السلم
كان الاجل شهرا وقد مضى وقال المسلم اليه كان شهرا ولم يمض وانما
احدث السلم الساعة وانما كان القول قول المسلم اليه م وكان القول في المضي
قوله وان اختلفا في قدره ومضيه جميعا فالقول قول رب السلم في القدر
وقول المسلم اليه في المضي لان الظاهر يشهد لرب السلم في القدر وللمسلم
اليه في المضي والله اعلم هذا اذا اختلفا في المسلم فيه مع اتفاقهما على راس
المال فاما اذا اختلفا في راس المال مع اتفاقهما في المسلم فيه م الا ان الذي
يبدا باليمين هاهنا هو رب السلم في قولهم جميعا لانه المشتري وهو المنكر
ايضا وان اختلفا فيهما جميعا فكذلك يتحالفان ويترادان لانهما اختلفا في المبيع والثمن
والاختلاف في احدهما يوجب التحالف ففيهما اولى والقاضي يبدا باليمين
بايهما شا والله اعلم **فصل** واما بيان حكم الملك والحق الثابت في
المحل فنقول وبالله التوفيق حكم الملك ولاية التصرف للمالك في المملوك
باختياره ليس لاحد ولاية الجبر عليه الا لضرورة ولا لاحد ولاية المنع عنه
وان كان يتضرر به الا اذا تعلق به حق الغير فيمنع عن التصرف من غير رضا
صاحب الحق وغير المالك لا يملك التصرف في ملك الغير بغير اذنه ورضاه
الا لضرورة وكذا حكم الحق الثابت في المحل الثابت اذا عرف هذا فنقول
للمالك ان يتصرف في ملكه اي تصرف شا سوا كان تصرفا يتعدى ضرره الى
غيره او لا يتعدى فله ان يبني في ملكه مرحاضا وحماما ورحى وله ان يقعد
في بنائه حدادا او قصارا وله ان يحفر في ملكه بيرا او بالوعة او ديماسا
وان كان يهن من ذلك البنا ويتاذى به جاره وليس لجاره ان يمنعه ولو طلب جاره

م لانهما لما تصادقا على اصل الاجل وقدره فقد صار الاجل حقا للمسلم اليه صح

م يتحالفان ويترادان ايضا سوا اختلفا في جنس راس المال وقدره او صفته لما قلنا في الاختلاف في المسلم فيه صح

قوله الا اذا تعلق به حق الغير كالراهن والاجر يمنعان عن التصرف في المرهون والماجور

تحويل

تحويل ذلك لم يجبر على التحويل لان الملك مطلق للتصرف في الاصل والمنع منه
لعارض تعلق حق الغير فاذا لم يوجد التعلق لا يمنع الا ان الامتناع عما يوذي
الجار ديانة واجب لقوله صلى الله عليه وسلم المومن من امن جاره ولو فعل شيا من
ذلك حتى وهن البنا وسقط حايط الجار لا يضمن لانه لا صنع منه في ملك الغير
وعلى هذا سفل لرجل وعليه علو لغيره انهدما لم يجبر صاحب السفل على بنا
عمارة ملك نفسه ولكن يقال لصاحب العلو ان شيت فابن السفل من مال نفسك
وضع عليه علوك ثم امنع صاحب السفل عن الانتفاع بالسفل حتى يرد عليك قيمة البنا
مبنيا لان البنا وان كان تصرفا في ملك الغير لكن فيه ضرورة لانه لا يمكنه
الانتفاع بملك نفسه الا بالتصرف في ملك غيره فصار مطلقا له شرعا وله
حق الرجوع بقيمة البنا مبنيا لان البنا ملكه لحصوله باذن الشرع واطلاقه
فله ان لا يمكنه من الانتفاع بملكه الا ببدل يعدله وهو القيمة وذكر القاضي
في شرحه مختصر الطحاوي ان في ظاهر الرواية يرجع بما انفقه وكذا ذكر الخصاف
انه يرجع بما انفق لانه لما لم يقدر على الانتفاع بالعلو الا ببنا السفل ولا ضرر
لصاحب السفل في بنايه بل فيه نفع صار ماذونا بالانفاق من قبله دلالة وكان
له حق الرجوع بما انفق وهذا على خلاف البير المشتركة والدولاب المشترك والحمام
المشترك ونحو ذلك اذا خرب فامتنع احدهما عن العمارة انه يجبر الاخر على
العمارة لان هناك ضرورة لانه لا يمكنه الانتفاع به بواسطة القسمة لانه لا يحتمل
القسمة والترك كذلك تعطيل الملك وفيه ضرر بهما فكان ابا العمارة متعنتا
محضا في الابا فيدفع تعنته بالجبر على العمارة هذا اذا انهدما بانفسهما فاما
اذا هدم صاحب السفل سفله حتى انهدم العلو يجبر على اعادته لانه اتلف
حق صاحب العلو باتلاف محله ويمكن جبره بالاعادة فيجبر على اعادته وعلى
هذا حايط بين دارين انهدم ولهما عليه جذوع لم يجبر واحد منهما على بنايه
لما قلنا ولكن اذا بنى احدهما البنا يقال للاخر ان شيت فابن من مال نفسك
وضع خشبك عليه وامنع صاحبك من الوضع حتى يرد عليك نصف قيمة البنا
مبنيا او نصف ما انفق على ما ذكرنا في السفل والعلو وقيل انما يرجع اذا لم
يكن موضع الحايط عريضا ولا يمكن كل واحد منهما ان يبني حايطا على حدة
في نصيبه يصلح لوضع الجذوع عليه فبناه كما كان بغير اذن صاحبه لا يكون
له حق الرجوع على صاحبه بل يكون متبرعا لانه بنى ملك غيره بغير اذنه من غير
ضرورة فكان متبرعا فلا يرجع عليه بشي ولو اراد احدهما قسمة عرصة

م بوايقه صح

السفل لانه ملكه والانسان لا يجبر على صح

ملكا

م بعد القسمة فاما اذا كان عريضا يمكن قسمته وان يبني كل واحد منهما في نصيبه حايطا صح



الحايط لم يقسم الا عن تراض منهما بالقسمة لان لكل واحد منهما عليه وضع الخشب
وفي القسمة جبرا ابطال حق الاخر من غير رضاه وهذا لا يجوز ويحتمل ان يقال هذا
اذا لم يكن عريضا وان كان يقسم قسمة جبر لانه لا يتضمن ابطال حق الغير ولو كانت
الجذوع عليه لاحدهما فطلب احدهما القسمة وابى الاخر فان كان الطالب
صاحب الجذوع يجبر الاخر على القسمة لانه في الامتناع متعنت وانما الحق لصاحب
وقد رضي بسقوط حقه وان كان الطالب من لا جذع له لا يجبر صاحب الجذع
على القسمة لان فيه ابطال حقه في وضع الجذع فلا يجوز من غير رضاه ولو هدم
الحايط احدهما يجبر على اعادته لما ذكرنا انه اتلف محل حق احدهما فيجب جبره
بالجبر على الاعادة وعلى هذا سفل لرجل وعليه علو لغيره فاراد صاحب السفل
ان يهدم السفل او يفتح بابا او ينقب كوة او يحفر طاقا او يتد وتدا على الحايط
او يتصرف فيه تصرفا لم يكن له قبل ليس له ذلك من غير رضا صاحب
العلو سوا اضر ذلك بالعلو بان اوجب وهن الحايط او لم يضر به عند ابي حنيفة
وعند ابي يوسف ومحمد له ذلك ان لم يضر بالعلو ولو اراد صاحب السفل
ان يحفر في سفله بيرا او بالوعة او سردابا فله ذلك من غير رضى صاحب العلو بالاجماع
وكذا ايقاد النار للطبخ او للخبز وصب الما للغسل والوضو بالاتفاق وعلى
هذا الاختلاف لو اراد صاحب العلو ان يحدث على علوه بناء او يضع عليه جذوعا لم
تكن قبل ذلك او يشرع فيه بابا او كنيفا لم يكن قبله ليس له ذلك عند ابي حنيفة
سوا اضر بالسفل او لا وعندهما له ان يفعل ذلك ما لم يضر بالسفل وله ايقاد
النار وصب الما للوضو والغسل بالاجماع منهم من قال لا خلاف بينهم في الحقيقة
وقولهما تفسير قول ابي حنيفة ومنهم من حقق الخلاف وجه قولهما
ان صاحب السفل يتصرف في ملك نفسه فلا يمنع الا لحق الغير وحق الغير لا
يمنع من التصرف لعينه بل لما يتضرر به صاحب الحق الا ترى ان الانسان
لا يمنع من الاستظلال بجدار غيره ومن الاصطلا بنار غيره لانعدام تضرر
المالك والخلاف فها هنا في تصرف لا يضر بصاحب العلو فلا يمنع عنه ولابي حنيفة
ان حرمة التصرف في ملك غيره وحقه لا يقف على الضرر بل هو حرام سوا
تضرر به ام لا الا ترى ان نقل المراه والمحابر من دار المالك الى موضع اخر حرام
وان كان لا يتضرر به المالك والدليل انه يباح التصرف في ملك الغير وحقه
برضاه ولو كانت الحرمة لما يلحقه من الضرر لما ابيح لان الضرر لا ينعدم برضا
المالك وصاحب الحق دل ان التصرف في ملك الغير وحقه حرام اضر

بالمالك

حق صح

الجذوع صح

ذلك صح

والمختار للفتوى انه ان اضر بالسفل يمنع وان لم يضر لا يمنع وعند الاشتباه والاشكال يمنع قاضيخان

عليه صح

بالمالك اولا وها هنا حق صاحب العلو متعلق بالسفل فيحرم التصرف فيه الا
باذنه ورضاه بخلاف ما ضرب من المثال وهو الاستظلال بجدار غيره
والاصطلا بنار غيره لان ذلك ليس تصرفا في ملك الغير وحقه اذ لا يتصل
بملك الغير وحقه وها هنا بخلافه وعلى هذا اذا كان مسيل ما في قناة
فاراد صاحب القناة ان يجعله ميزابا او كان ميزابا فاراد ان يجعله قناة فليس
له ذلك وكذلك لو اراد ان يجعل ميزابا اطول من ميزابه او اعرض او اراد
ان يسيل ما سطح اخر في ذلك الميزاب لم يكن له ذلك لان صاحب الحق لا يملك
التصرف زيادة على حقه وكذلك لو اراد اهل الدار ان يبنوا حايطا ليسد
مسيله او ارادوا ان ينقلوا الميزاب عن موضعه او يرفعوه او يسفلوه لم يكن لهم
ذلك لان ذلك تصرف في حق الغير بالابطال والتغيير فلا يجوز من غير
رضى صاحب الحق ولو بنا اهل الدار ليسيل ميزابه على ظهره فلهم ذلك لان
مقصود صاحب الميزاب حاصل في الحالين دار لرجل فيها طريق اراد اهل
الدار ان يبنوا في ساحة الدار عرض باب الدار لان عرض الطريق مقدر
بقدر عرض باب الدار ولو اراد رجل ان يشرع الى الطريق جناحا او
ميزابا فهذا في الاصل لا يخلو من احد وجهين اما ان كانت السكة نافذة
واما ان كانت غير نافذة فان كانت نافذة فانه ينظر ان كان ذلك مما يضر
بالمارين فلا يحل له ان يفعل ذلك في دينه لقوله صلى الله عليه وسلم لا ضرر ولا
ضرار في الاسلام ولو فعل ذلك فلكل احد ان يقلع عليه ذلك وان كان
ذلك مما لا يضر بالمارين حل له الانتفاع به ما لم يتقدم اليه احد بالرفع والنقض
فاذا تقدم اليه واحد من عرض الناس لا يحل له الانتفاع به بعد ذلك عند ابي حنيفة
وعندهما يحل له الانتفاع به قبل التقدم وبعده وكذلك هذا الحكم في غرس الاشجار
وبنا الدكاكين والجلوس للبيع والشرا على قارعة الطريق وجه قولهما ما
ذكرنا ان حرمة التصرف في حق الغير ليست لعينه بل للتحرز عن الضرر ولا ضرر
بالمارة حاله ما قبل التقدم وبعده ولابي حنيفة ان اشراع الجناح والميزاب
الى الطريق تصرف في حقهم لان هوا البقعة في حكم البقعة والبقعة حقهم
فكذا هواها فكان الانتفاع بذلك تصرفا في حق الغير وقد مر ان التصرف
في حق الغير بغير اذنه حرام سوا اضر به او لا الا انه حل له الانتفاع بذلك قبل
التقدم لوجود الاذن منهم دلالة وهو ترك التقدم بالنقض والتصرف في حق
الانسان باذنه مباح فاذا وقعت المطالبة بصريح النقض بطلت الدلالة فبقي

اي لذلك صح

ما يقطع طريقه ليس لهم ذلك لان فيه ابطال حق المرور وينبغي ان يتركوا في ساحة الدار صح

له صح

فاستوى فيه صح

الا انتفاع بالمبنى تصرفا في حق مشترك بين الكل من غير اذنهم ورضاهم فلا يحل هذا
اذا كانت السكة نافذة واما اذا كانت غير نافذة فان كان له حق في القديم فليس
لاهل السكة حق المنع لانه متصرف في حق نفسه وان لم يكن له حق في القديم فلهم
ان يمنعوه سوا كان لهم في ذلك مضرة ام لا لما ذكرنا ان حرمة التصرف
في حق الغير لا يقف على المضرة به والله الموفق للسداد والهادي الى سبيل
الرشاد ❁ آخر الجزء الذي قبل الجزء الاخير يتلوه في اول الجزء
الذي يليه وهو آخر الكتاب كتاب
الشهادات بكتابة الفقير الى رحمة
ربه احمد بن علي بن حسن
المناوي الحنفي غفر
الله له ولوالديه
ولمشايخه
ولمن دعا
له بالمغفرة
ولجميع
[illegible]

ووافق الفراغ منه صبيحة يوم الخميس المبارك عاشر شهر شعبان المكرم
الموافق لتاسع شهر هاتور سنة ٨٨٣ احسن الله عاقبتها بخير وصلى الله على سيدنا محمد وآله وصحبه وسلم

بلغ مقابلة [illegible] ٩١١

